

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

Étude de Droit civil comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 Novembre 1910, à 3 heures

PAR

PAUL TOUTÉE

Président : M. SALEILLES, professeur
Suffragants { MM. TISSIER, professeur
CAPITANT, professeur

PARIS (V.)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, Rue Soufflot et 12, rue Toullier

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE LA
REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

Étude de Droit civil comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 Novembre 1910, à 3 heures

PAR

PAUL TOUTÉE



Président : M. SALEILLES, professeur
Suffragants { MM. TISSIER, professeur
CAPITANT, professeur

PARIS (V°)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

8, Rue Soufflot et 12, rue Toullier

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

Archives parlementaires, t. XX à XXIV.

ARON. — *Législation civile de la Révolution (Nouvelle Revue Historique, année 1901).*

AZON. — *Somme sur le Code.*

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français.* 4^e éd., 1873.

BAUCHET. — *De la Représentation successorale dans l'Histoire du Droit coutumier français.* Thèse, 1907.

BAUDOIN. — *Questionnaire présenté à la 4^e Sous-Commission de la Revision du Code civil.* Extrait du *Bulletin de la Société d'Études législatives.* Paris, 1907.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — *Traité des Successions*, t. I, 2^e éd., 1899.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil.* 7^e éd. Paris, 1900.

BASNAGE. — *Commentaire sur la Coutume de Normandie.* 4^e éd., 1778.

BEAUMANOIR. — *Commentaire des Coutumes de Beauvoisis.* Nouvelle édition par le Comte Beugnot. Paris, 1842.

BOURJON. — *Le Droit commun de la France.* Paris, 1770.

BUCKEL. — *Streitfragen aus Novelle 118.*

CLERC (Maurice). — *Le Système des Parentèles dans le Code civil suisse.* Neuchâtel, 1905.

Code civil allemand, publié par le Comité de Législation

- Étrangère avec le concours de la Société de
Législation Comparée. Paris, 1904-1906.
- Code civil suisse, du 10 décembre 1907.
- Coutumier général ou Coutumier de Richebourg, t. IV.
- DEGANISCARDE. — *La Représentation successorale*. Essai
historique et critique. Thèse de Paris, 1909.
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code civil. Des Successions*,
t. I à IV, 1872-1875.
- DERNBURG. — *Das bürgerliche Recht des deutschen
Reichs* Halle, 1899.
- DUFRENE. — *De la Représentation successorale*. Thèse
de Paris, 1886.
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs.*
- Exposé des motifs de l'Avant-Projet du Département
général de Justice et de Police*, t. II. *Des Succes-
sions*. Berne, 1901.
- FLINIAUX. — *Le Système des Parentèles comme mode de
dévolution de la Succession ab intestat*. Thèse
de Paris, 1906.
- FRANCKE. — *Beiträge Abhandlungen*, VIII.
- FÖRSTER. — *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen
Preussischen Privatrechts*, t. IV.
- GÉNY. — *Méthode d'interprétation et sources en Droit
privé positif*. Préface de Raymond Saleilles.
Paris, 1899.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*. Paris,
5^e éd.
- GLASSON. — *Le Droit de Succession au Moyen Age*.
Dans la *Nouvelle Revue Historique*, 1892.
- GLASSON. — *Histoire du Droit et des Institutions de la
France*. Paris, 1887.
- GUICHARD. — *Dissertation sur le Régime actuel des Suc-
cessions*. Paris, nivôse an VII.
- GUXNÉ. — *Traité du Droit de Représentation suivant la*

diversité des Coutumes de France. Paris, MDCCLXXIX.

HEYMANN. — *Die Grundzüge des gesetzlichen Verwand-
tenerbrechts nach dem B. G. B.* léna, 1896.

ISAMBERT. — *Recueil des anciennes Lois françaises.*

JARRIAND. — *Histoire de la Novelle 118 dans les Pays
de Droit écrit.* Thèse de Paris, 1889.

KOHLER. — *Zwei Studien über das sogenannte Repräsen-
tationsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der
Fictionen.* Dans les *Gesammelte Abhandlungen
aus dem gemeinen und französischen Civilrecht.*
Mannheim, 1883.

LA MOIGNON. — *Recueil des arrêtés de M. le Premier Pré-
sident de Lamoignon,* 1777.

LAURENS. — *Principes du droit civil,* 1878.

LEBRUN. — *Traité des Successions.* Paris, 1775.

LOYSEL. — *Institutes coutumières annotées par Eusèbe
de Laurière.* Paris, 1846.

MARCULFE. — *Formules de Droit,* VII^e siècle.

MARVIDAL et LAURENT. — *Archives parlementaires de
1787 à 1860. Recueil complet des débats légis-
latifs et politiques des Chambres françaises,*
1^{re} série, 1787 à 1799-1800.

MERLIN. — *Questions de droit,* t. VIII.

PLANCK. — *Bürgerliches Gesetzbuch,* 1898-1902.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil.* Paris, 1905
t. III, 3^e édition.

POTHIER. — *Traité des Successions.* Édition Bugnet,
Paris, 1845, t. VIII.

REHFOUS et MARTIN. — *Introduction à l'étude du Code
civil suisse.*

RENUSSON. — *Traité des Propres.*

ROGUIN. — *Droit civil comparé. Les Successions,* t. I,
Paris, 1908.

ROMIGUIÉ. — *L'Hérédité collatérale.* Thèse de Paris, 1903.

ROSSEL et MARTIN. — *Manuel de Droit civil suisse.*

SAGNAC. — *La Législation civile de la Révolution, la Propriété et la Famille.* Paris, 1898-1899.

SALEILLES. — *Introduction à l'étude du Code civil allemand.*

— *Les Successions en Droit comparé. Questions détachées.* Cours professé en 1908-1909.

SCHIRMER. — *Handbuch des Römischen Erbrechts.*

SCHUZEMBERGER. — *Les Lois de l'Ordre social.* Paris, 1849-1850.

SIREY. — *Lois annotées.* Loi du 17 nivôse an II, t. I.

STOBBE. — *Handbuch des deutschen Privatrechts.* Berlin, 1908.

STROHAL. — *Erbrecht*, t. I.

TOUILLIER. — *Le Droit civil suivant l'ordre du Code.* 5^e édition, 1830-1843.

VALLIER. — *Le fondement du Droit successoral en Droit français.* Thèse de Paris, 1902.

VERMEIL. — *Code des Successions suivi d'une explication par ordre des matières de la loi du 17 nivôse an II et autres subséquences.*

PRÉAMBULE

Nous nous proposons de faire dans ce travail une étude comparative de la représentation successorale dans les législations française d'une part, allemande et suisse d'autre part. Notons dès à présent que le Code suisse de 1907 est fortement inspiré du Bürgerliches Gesetzbuch ou Code civil allemand de 1900, et qu'il le suit dans ses principales conceptions, notamment en notre matière ; nous pouvons donc considérer pour le moment que nous n'avons à rapprocher que deux législations différentes, le Code civil français, d'origine romaine, et le B. G. B. qui s'efforce au contraire de conserver une plus grande originalité en tirant toutes ses théories des vieilles coutumes germaniques.

Ceci étant, il vient à l'esprit une critique importante. Rien n'est plus national que le droit successoral. Il dépend des conceptions de la famille et de la propriété qui, elles-mêmes varient, suivant le tempérament de chaque peuple, son degré de civilisation, le climat sous lequel il s'est développé. Cette dépendance étroite doit rendre presque impossible une comparaison entre les

institutions du droit successoral de deux peuples aussi différents par leurs origines, leur tempérament et leurs aptitudes que le sont les races latine d'une part, germanique de l'autre. C'est ainsi que l'institution de la représentation, de même que tout le droit de succession, n'a subi dans son évolution en France l'influence d'aucune loi étrangère, et il semble difficile que le rapprochement avec une institution analogue d'un autre pays puisse servir autrement que comme une simple curiosité (1).

Nous ferons à cette objection une brève réponse : S'il est exact qu'au début le droit de succession a été très fermé à toute influence étrangère, il ne faut pas oublier qu'il suit aujourd'hui les modifications apportées par les mœurs à la constitution juridique de la famille ; celle-ci subit l'influence des rapports industriels et économiques qui ne sont le monopole d'aucun pays ; et là où ces causes agissent, le droit doit se modifier ; comme elles sont identiques pour tous les pays européens, la conception de la famille tend à s'unifier et avec elle le droit successoral. Rien d'anormal par conséquent à ce rapprochement que nous allons faire de deux législations qui subissent ces mêmes influences ; elles y gagneront au contraire de se corriger l'une l'autre pour tendre vers

1. Cf. Vallier, *Le Fondement du Droit successoral*. Thèse de Paris, Introduction.

cette « sorte de doctrine unitaire supérieure à chacun des droits nationaux, sorte de droit commun idéal, dont chaque législation doit se rapprocher dans la mesure du possible » (1).

Nous pouvons faire à la critique précédente une réponse plus péremptoire encore en ce qui concerne notre matière. La représentation est dans le droit de successions, une théorie qu'on peut isoler et considérer à part.

Issue du droit romain, elle a fait une apparition presque simultanée dans deux législations voisines où les mêmes textes, ceux de la Nouvelle 118, ont présidé à sa création. Puis elle s'est développée des deux côtés du Rhin suivant le tempérament et les qualités de deux peuples différents. N'est-il pas dès lors évident qu'il sera instructif de suivre les transformations subies par ces deux représentations parties du même concept? qu'il pourra être de plus utile de comparer les résultats obtenus de part et d'autre pour en tirer des enseignements et voir les modifications que le législateur pourrait apporter?

Car c'est là précisément l'utilité de notre étude. La matière que nous traitons est réglée d'une manière assez étroite par notre Code; il y a aussi peu de

1. Saleilles, *Les Successions en Droit comparé*. Cours professé en 1908-1909.

place que possible à l'appréciation du juge ; on n'y rencontre pas non plus de ces lacunes qui se combleraient sous forme d'interprétation judiciaire ; ce n'est donc que par des réformes législatives qu'on pourra réaliser des progrès, et c'est à hâter ces réformes que l'étude d'une législation étrangère trouvera ici une utile application. Pour reviser cette partie de notre Code, il importe de tenir compte de ce qui se fait ailleurs et le droit comparé nous indiquera des réformes facilement réalisables.

Avant d'aborder notre sujet, nous tenons à exprimer notre reconnaissance à M. Saleilles qui nous a donné l'idée première de cette thèse ; et à citer dès à présent le cours de M. Saleilles de 1908-1909 sur les successions en droit comparé dont nous nous sommes fortement inspiré au cours de tout ce travail.

INTRODUCTION

La représentation successorale consiste dans le fait d'appeler à une succession un ou plusieurs successibles plus éloignés, appelés représentants, et de leur attribuer la part qu'ils auraient reçue s'ils avaient, à eux tous, occupé la place d'un héritier plus rapproché, qui est leur ascendant ou leur descendant et qu'on appelle représenté. L'exemple le plus commun dans la ligne descendante est celui-ci : un grand-père meurt, laissant un fils vivant et deux petits-fils issus d'un second fils prédécédé. La règle de la proximité du degré, qui régit notre Code en matière de succession, voudrait que le fils vivant eût à lui seul toute la succession, à l'exclusion de ses neveux. La représentation vient corriger cette iniquité en appelant à la succession les deux petits-fils à la place de leur père prédécédé et en leur donnant la part qu'aurait reçue celui-ci s'il avait survécu. Comme on le voit, le représentant ne fait qu'« entrer dans les droits du représenté », c'est-à-dire que la mesure du droit du représentant est la même que celle du droit qu'aurait eu le représenté s'il était

venu lui-même à la succession. Cette définition laisse intacte la question de savoir si la représentation est une fiction et cette autre question de savoir si le représentant vient à la succession en vertu d'un droit propre ou en invoquant le droit du représenté. Nous retrouverons plus tard ces deux questions importantes, qui ont donné lieu à de nombreuses controverses.

L'effet de la représentation se trouve donc double :

1° Elle supprime les degrés intermédiaires puisqu'elle permet à des générations plus éloignées de venir en concours avec des générations plus proches ;

2° Elle substitue au partage par têtes, qui est de droit commun, le partage par souches.

Cette représentation peut avoir lieu en deux sens opposés : 1° soit dans la ligne descendante s'il s'agit, par exemple, comme dans l'exemple cité plus haut, d'appeler un petit-fils du défunt à la place de son père ; 2° soit dans la ligne ascendante, pour faire venir à la place du défunt d'autres ascendants plus éloignés, par exemple les grand-père et grand'mère maternels à la place de la mère, lorsque celle-ci ne vient pas à la succession.

Il est à remarquer que cette double représentation, descendante et ascendante, pourrait prendre pour point de départ un autre que le défunt lui-même, un collatéral par exemple. Ainsi le droit successoral français est dominé par une classification des héritiers en ordres ;

dans le second de ces ordres, celui des collatéraux privilégiés, se trouvent les frères et sœurs, qui sont appelés à défaut d'héritiers du premier ordre ; supposons que, pour une cause quelconque, l'un de ces frères ou sœurs ne puisse venir à la succession : il pourrait alors être représenté. Pourtant, notons dès à présent, pour n'y plus revenir, que dans les cas analogues, aucune législation n'a même envisagé la possibilité d'une représentation en ligne ascendante des collatéraux. La raison en est simple : ou bien ces ascendants sont eux-mêmes parents du sang avec le défunt ; et ils viennent en cette qualité à la succession avec une place plus rapprochée que ceux qu'ils représenteraient ; ou bien ils n'ont avec le défunt aucun lien de parenté : il n'y a alors aucune bonne raison de les appeler à la succession. Donc en ligne ascendante la représentation n'a jamais lieu qu'au seul profit des ascendants du défunt lui-même. En ligne descendante au contraire, elle peut avoir lieu au profit de descendants de collatéraux.

Quel fondement attribuerons-nous au droit de représentation ? Nous croyons qu'il faut faire reposer cette institution sur la volonté présumée du défunt, telle que cette volonté doit résulter des devoirs de famille. Les souches issues d'un même auteur ont à la succession de cet auteur un droit égal, comme elles ont également droit à son affection, indépendamment du nombre de

leurs membres au jour de l'ouverture de la succession. C'est un motif d'équité qui justifie la représentation, et les Romains, simples dans leurs conceptions, en avaient déjà pensé ainsi :

Æquum enim esse videtur nepotes neptesve in patris sui locum succedere (1).

et Ulpien, qui avait exprimé déjà la même idée, ajoutait :

... et eam partem habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset (2).

Cependant nous verrons que ce fondement, simple et naturel, qui apparaît d'une façon très nette en droit romain, semble avoir échappé aux auteurs du Code civil, et, avant eux, à ceux qui firent de la représentation une fiction.

1. *Institutes*, liv. III, tit. I, § 6.

2. Ulpien, *Regulæ*, 26. 2.

PLAN DE CE TRAVAIL

I. — L'institution de la représentation est fort ancienne : née en droit romain, elle a été réglementée par Justinien dans les Nouvelles 118 et 127. Puis le moyen âge, lorsqu'il se mit à l'étude du droit romain, construisit sur la représentation toute une théorie qui passa dans notre Code. L'étude détaillée de tout ce développement pourrait sembler intéressant. Mais il a fait déjà l'objet de savants travaux et de nombreuses thèses tant anciennes que récentes ; aussi nous contenterons-nous de résumer succinctement les principaux points de cet historique, ce qui constituera la première partie de ce travail. Nous exposerons ainsi brièvement :

1° La représentation en droit romain et dans les Nouvelles 118 et 127 ;

2° La représentation au moyen âge ;

3° La représentation dans le droit révolutionnaire, c'est-à-dire dans la loi du 17 nivôse an II ;

4° Enfin la représentation dans le Code civil français.

II. — Puis, passant aux législations d'origine germanique, nous aborderons la partie nouvelle de cette thèse en étudiant successivement notre institution :

1° Dans l'ancien droit allemand et suisse jusqu'à la rédaction des nouveaux Codes ;

2° Dans le Bürgerliches Gesetzbuch et dans le Code civil suisse.

III. — Enfin, pour relier entre elles ces diverses études de la représentation dans des législations différentes, et donner à notre travail une unité qui lui manquerait sans cela, nous rapprocherons les solutions données par les théories française et germanique ou suisse ; nous comparerons les conséquences pratiques auxquelles chacune d'elles aboutit, et nous nous efforcerons de faire ressortir les solutions que nous souhaiterions voir passer dans notre Code et les améliorations que peut inspirer au législateur français l'étude de ces deux Codes étrangers.

DE LA
REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

Chez les peuples arrivés à un certain degré de civilisation, la représentation fit rapidement son apparition. A Rome, elle était connue de bonne heure, et, sans recevoir de dénomination spéciale, elle existait déjà dans le droit des XII Tables. Ainsi, dans la première classe d'héritiers, celle des *heredes sui*, personnes soumises à la *patria potestas*, la représentation a lieu :

Tous les membres de cet ordre viennent à la succession, quel que soit leur degré, mais dès lors qu'ils ne sont pas tous au premier degré, la succession est partagée par souches (*in stirpes*), les descendants de chaque auteur prédécédé ou sorti de la famille ne prennent que la part qu'il eût prise lui-même (1).

1. Girard, *Manuel de Droit romain*.

Le droit prétorien connut aussi une représentation voisine de celle-ci : Si tous les héritiers d'un degré faisaient défaut, il fallait passer au degré suivant ; cette dévolution successive n'avait pas été admise par le droit civil primitif ; elle le fut en droit prétorien : le préteur offrait la *bonorum possessio* au degré subséquent ; mais, dans ce cas, le partage avait lieu par souches et non par têtes : c'est ce qu'on appelait la *successio in locum*.

Justinien devait consacrer ces deux institutions de droit civil et prétorien dans les deux Nouvelles 118 et 127. Ici encore, le mot de « représentation » était inconnu. Il ne devait être créé qu'au moyen âge par les commentateurs de la nouvelle. Celle-ci n'emploie que l'expression de *successio in stirpes*, succession par souches.

Justinien admettait trois ordres d'héritiers, descendants, ascendants et collatéraux ; c'est d'abord dans le premier de ces trois ordres, dans la ligne descendante, que la Nouvelle 118 fit une application de la représentation au cas classique du concours entre héritiers de degrés inégaux, fils et petit-fils par exemple :

Si quem descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias, aut alios descendentes, in proprii parentis sui locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur : tantam de hereditate accipientes partem, quantumque sint, quantum eorum parens,

si viveret habuisset : quam successionem in stirpes vocavi antiquitas (1).

Il est à remarquer qu'aucun texte dans la Nouvelle ne concerne le cas où le premier degré tout entier fait défaut. Ce cas avait été prévu par les *Institutes*.

Si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor : ad unum au duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia (2).

Si donc de deux fils prédécédés restent des petits-enfants en nombre inégal, ceux-ci partageront par souche et non par tête ; le hasard des décès restera ainsi sans influence sur la dévolution et le résultat sera le même qu'aurait donné la représentation.

Ce que nous venons de voir s'applique en ligne directe descendante. En est-il de même en ligne collatérale ? La Nouvelle 118 a prévu le cas pour les frères et sœurs :

Si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et foeminis ; et quanti cumque fuerint, tantam ex hereditate precipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset (3).

1. *Institutes*, Livre III, titre I, § 6 *in fine*.

2. Nouvelle 118, chap. I.

3. Nouvelle 118, chap. III.

Les enfants de frères et sœurs prédécédés sont appelés à la succession en concours avec leurs oncles et tantes et ne prennent dans cette succession que la part qu'y aurait prise leur père ou mère. C'est donc bien la représentation qui s'applique ; mais remarquons que la Novelle n'a en vue que les enfants de frères et sœurs prédécédés *fratris aut sororis præmortuorum filii* ; la représentation ne sera donc applicable qu'à eux seuls, les petits-enfants de frères et sœurs en seront privés. C'est d'ailleurs ce que la Novelle spécifie plus loin :

Hujus modi vere privilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum et feminarum filiis et filiabus ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc jus largimur (1).

C'est la limitation formelle de la représentation au premier degré. D'autre part, une condition s'imposait pour que cette représentation pût avoir lieu : il ne fallait pas que les frères et sœurs fussent en concours avec des ascendants. Mais la Novelle 127 vint ici corriger la Novelle 118 en accordant la représentation dans tous les cas.

Si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres

1. Novelle 118, chap. III (suite).

et alterius præmortui fratris filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam præmortui fratres filii.

Les neveux bénéficient donc dans tous les cas de la **représentation**.

Tels sont, brièvement exposés, les divers points réglés d'une façon pratique par le droit de Justinien : Représentation à l'infini en ligne descendante, succession par souches en cas de vacance intégrale du premier degré, représentation, mais au premier degré seulement, des frères et sœurs.

En ligne ascendante, la représentation n'existe pas ; la proximité du degré seule décide.

Comme on le voit, la Novelle 118 a posé le principe de la représentation dans l'ordre des descendants sans construire aucune théorie générale. Les textes ne prononcent nulle part le mot de représentation. Ils se bornent à donner des solutions pratiques dans des cas déterminés. Ce sont les glossateurs et les auteurs coutumiers français, Dumoulin notamment, qui devaient plus tard construire là-dessus un ensemble de théories médiévales abstraites que nous retrouverons dans le Code civil français, mais dont nous verrons que les Allemands ont su débarrasser leur droit.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Quelque équitable que soit le principe de la représentation, notre législation l'ignora longtemps à ses débuts. Le droit successoral de la Gaule avait pour fondement une copropriété familiale. Mais dans une civilisation peu avancée, être propriétaire d'un fonds, c'est le mettre en valeur et surtout le défendre. Ne peuvent donc être propriétaires de fonds de terre que les hommes capables de faire respecter leur possession par les armes. Pour cette raison, certaines coutumes avaient exclu déjà les femmes de la succession des fonds de terre. Il était logique de rejeter aussi de ces coutumes la représentation ; car celle-ci a pour but de maintenir l'égalité entre les branches au profit des jeunes, d'enfants souvent en bas âge et incapables de porter les armes (1). Aussi tous les pays de coutume, c'est-à-dire tout le nord et pendant longtemps le centre de la France restèrent rebelles à cette institution, malgré l'édit de Childebert II qui chercha à l'introduire dans les coutumes en 596.

1. Voy. Renusson, *Traité des Propres*, chap. II, sect. I, § 15.

Plus tard, durant la période féodale, d'autres inconvénients sociaux empêchèrent le prompt établissement de la représentation. La société féodale reposait tout entière sur un ensemble de privilèges que le droit successoral servait à maintenir dans les familles. Le droit d'ainesse n'en est qu'un des exemples les plus frappants. Or la représentation fut allée juste à l'encontre de cet ordre social en ramenant l'égalité entre les enfants d'une même famille et en contribuant à l'émiettement des fortunes (1). Ce sont ces mêmes raisons, égalité entre les enfants, émiettement des fortunes au profit d'enfants jeunes qui la feront admettre plus tard sous la Révolution.

Pourtant la civilisation progressa ; les idées d'équité s'imposèrent ; on comprit la nécessité de faire venir à la succession les enfants d'un fils prédécédé ; la représentation allait être peu à peu acceptée en faveur des petits-enfants ; déjà, on avait inventé une institution purement coutumière, le rappel à succession : c'est un acte de dernière volonté, par lequel le grand-père appelle ses petits-enfants, nés d'un fils prédécédé à remplacer leur père et à concourir avec leurs oncles. C'est, dira plus tard Pothier :

un acte par lequel une personne supplée à la loi qui n'a point ordonné la représentation en ordonnant qu'au cas de

1. Voy. Glasson, *Le Droit de Succession au moyen âge* (*Nouvelle Revue historique*, 1892, p. 127).

prédécess de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, les enfants de cet héritier présomptif prédécédé le représentent (1).

Nous trouvons déjà dans Marculfe des exemples et des formules de rappel à succession (2). Ce rappel était dit *intra terminos juris* dans les cas où le droit romain eût admis la représentation, *extra terminos juris* dans les autres cas. L'emploi du rappel ainsi compris devint de plus en plus fréquent, et bientôt, on en vint à supprimer la nécessité d'un acte formel : le rappel eut lieu de plein droit : c'était là une représentation, mais qui, loin d'être construite à la romaine, conservait beaucoup des caractères étroits du rappel à succession qu'elle avait remplacé : la succession collective ne s'était pas fait jour et l'on s'en tenait toujours à la succession individuelle ; la règle de la proximité du degré était partout dominante.

Pendant que les coutumes étaient ainsi arrivées à élaborer péniblement cette étroite représentation issue du rappel à succession, le midi de la France, plus proche de Rome, s'était initié de bonne heure aux institutions latines. Le *Pappien*, rédigé vers le ^{vi}^e siècle, nous montre que les Burgondes finirent par connaître la représentation, du moins en ligne directe descen-

1. Pothier, Œuvres annotées par Bugnet, VIII, *Des Successions*, p. 90.

2. Marculfe, Liv. II, Titre X.

dante ; les Lombards la pratiquèrent même au profit des enfants naturels d'un fils prédécédé. Enfin la loi wisigothe ou *Bréviaire d'Alaric*, dont l'influence du vi^e au x^e siècle fut prépondérante en Gaule, admit aussi la représentation. Mais ce n'était, dans toutes ces lois, que la représentation du vieux droit romain, celle du préteur, des sénatus-consultes Orphitien et Tertullien. Le droit de Justinien y était encore ignoré, ou, plus exactement, il était fort mal connu, et seulement de quelques prêtres instruits qui ne pensèrent nullement à l'introduire dans les lois.

Ce n'est que vers le x^e siècle que commença en France l'influence du droit de Justinien. A cette époque, le *Bréviaire d'Alaric* commença à perdre son influence. D'autre part, on se mit à l'étude de toute cette œuvre colossale qu'est la législation de Justinien : à Bologne un grand mouvement d'études et de recherches se produisit. De là partit l'influence si grande que devait exercer non seulement le droit, la langue et l'histoire, mais encore toute la civilisation de Rome sur le développement de nos institutions.

Les Nouvelles 118 et 127 ne restèrent pas étrangères à cette étude. On voulut introduire en France le système de Justinien : représentation à l'infini en ligne descendante, représentation limitée des frères et sœurs. Les pays de droit écrit, qui connaissaient déjà l'institution, l'acceptèrent sans peine. Pour les pays de coutume,

ce fut plus long, et plusieurs d'entre eux demeurèrent à jamais rebelles à cette institution. Ce n'est que vers le xvi^e siècle que la représentation romaine y fit son apparition d'une manière nette et certaine ; et encore, dit Guyné, les coutumes étaient-elles si différentes les unes des autres en ce qui concerné la représentation « qu'il semble que chacune se soit fait des principes et des règles particulières » (1).

Malgré cette diversité, Guyné ramenait toutes les coutumes de France à cinq catégories :

1° Celles qui excluaient la représentation en ligne directe et collatérale (2);

2° Celles qui l'admettaient en ligne directe seulement (3);

3° La plus grande partie qui l'admettaient aux termes de droit (4);

4° Celles, nombreuses aussi, qui l'avaient admise indéfiniment tant en ligne directe que collatérale (5);

5° Enfin, celles qui l'admettaient pour des personnes

1. Guyné, *Traité de la Représentation suivant la diversité des coutumes de France*, Paris, MDCCLXIX, p. 22.

2. Ponthieu, art. 8. — Boulonnois, art. 16. — Artois, art. 93.

3. Blois, art. 136.

4. La Coutume de Paris la rejeta d'abord complètement (Desmares, décision 238), puis l'admit en 1510 (art. 133), mais seulement en ligne directe; et en 1580 en ligne collatérale, mais seulement au profit des neveux.

5. Coutumes du Maine, de Tours et de l'Anjou.

de certaine qualité seulement ou pour certaine nature de biens.

Jusqu'ici, nous n'avons rencontré aucune théorie de principe de la représentation. Justinien s'était borné à donner la solution pratique d'hypothèses fréquentes ; mais bientôt des difficultés allaient surgir qui nécessiteraient une conception dogmatique de la représentation.

La première de ces difficultés pratiques qui se présentèrent est restée célèbre sous le nom de : question de la représentation de personnes vivantes. L'hypothèse la plus fréquente est celle-ci : un des fils du défunt ne vient pas à la succession par suite d'une incapacité, d'une renonciation ou parce qu'il se trouve dans un des cas d'indignité prévus par la loi. Ce fils est néanmoins vivant au jour de la succession. Ses enfants à lui, petits-fils du défunt, vont-ils alors pouvoir prétexter de ce que leur père n'est pas appelé à cette succession pour l'y représenter et venir ainsi en concours avec leurs oncles ?

A côté de cette hypothèse, une autre, fort importante aussi, devait être résolue d'après les mêmes principes. Si le fils du premier degré du défunt est prédécédé, et que ses enfants, petits-fils du défunt, aient renoncé à la succession de leur père, pourront-ils se servir de la représentation pour concourir avec leurs oncles dans la succession de leur grand-père ? Va-t-on admettre, pour

justifier cette solution, que si le grand-père fût mort le premier, comme c'est l'ordre normal, les petits-enfants n'eussent point renoncé à la succession de leur père, grossie dans ce cas de celle du grand père? ou bien, tenant compte de la renonciation à succession par eux faite, les privera-t-on du droit de représenter celui à la succession duquel ils ont renoncé?

Pour répondre à ces questions, il fallait partir d'une conception théorique de la représentation qui n'existait encore nulle part dans le droit antérieur. Ce sont les glossateurs et les auteurs coutumiers qui, cherchant à retrouver dans les textes une conception romaine de la représentation — conception à laquelle sans doute Justinien n'avait jamais pensé — élaborèrent cette théorie trop fameuse de la représentation-fiction dont les funestes effets ont persisté jusqu'à nous.

Nous avons déjà vu que les coutumes primitives ne connaissaient qu'une représentation étroite issue du rappel à succession qu'elle avait remplacé. La succession collective n'existait pas; la proximité du degré seule était la règle et dominait toute la matière des successions; la représentation constituait une exception que l'on expliquait par une fiction de survivance du degré disparu. Ainsi même dans ces exceptions où l'on appliquait la représentation, on respectait le principe de la proximité du degré. On supposait l'enfant du premier degré encore vivant, de façon à le faire venir à

la succession. Ceux du deuxième degré n'auraient pu hériter autrement tant qu'ils avaient encore des oncles vivants.

A cette première fiction de survivance, on en ajouta une seconde; on supposa que les enfants du deuxième degré venaient prendre la vocation héréditaire de leur père; c'est ce qu'on appela *successio in locum*. Et pour désigner l'ensemble de ces deux fictions, on inventa une terminologie nouvelle, le mot de « représentation ».

Ainsi la représentation se trouvait constituée par une double fiction: 1° Le fils prédécédé était supposé vivant; 2° Le petit-fils venait prendre la place de son père.

Mais il pouvait arriver que dans la ligne descendante tous les enfants au premier degré soient prédécédés, laissant chacun des petits-enfants en nombre inégal. Il n'y a pas lieu ici à concours entre degrés inégaux; par suite cette théorie de la représentation-fiction qui n'est qu'une exception à la règle de la proximité du degré ne trouve pas ici son application; on ne doit avoir recours à elle que si cela est nécessaire; or ces petits-enfants peuvent venir à la succession de leur chef, sans le secours de la représentation. Viendront-ils donc à la succession comme plus proches parents du défunt, et, comme tels, partageront-ils par tête? Les auteurs coutumiers comprirent combien cette solution, pour

logique qu'elle soit, était contraire aux conceptions d'égalité familiale, et, pour sauvegarder le principe de l'équité, cherchèrent à appliquer ici le partage par souche. Mais pour justifier cette solution manifestement contraire à l'idée de fiction précédemment admise, il leur fallut inventer une représentation, différente de la première, qui permit ce partage. On eut ainsi deux représentations. La première, ou représentation-fiction, servit à faire concourir des héritiers de degrés inégaux, par exemple des petits-fils du défunt avec leurs oncles. La deuxième, ou représentation-partage, eut seulement pour effet de maintenir l'égalité entre les branches en substituant le partage par souche au partage par tête. Cette représentation-partage, qui cadre admirablement avec l'ancienne *successio in stirpes* des Romains, est en contradiction absolue avec la représentation-fiction nouvelle.

Ces conceptions une fois élaborées allaient servir à trancher les difficultés pratiques qui pourraient se présenter. La première des conséquences qu'allaient en déduire nos auteurs coutumiers servit à résoudre la difficulté que nous signalons plus haut. Elle fut exprimée d'une façon très nette sous la forme d'un proverbe juridique : *Vivi nulla repræsentatio*. Il sera impossible aux enfants d'un indigne, d'un renonçant ou d'un exhérédé de venir à la succession de leur grand-père autrement que de leur chef et pour le cas seulement où

aucun enfant du premier degré ne succède. S'il leur reste un oncle, celui-ci les exclut, car en descendant de leur grand-père à eux, on ne rencontre aucun vide dans les degrés intermédiaires et par suite la fiction de survivance ne peut trouver ici son application. Au surplus, disait-on, au cas de renonciation, le fils du premier degré occupe encore sa place ; or il a exercé son droit en renonçant à la succession et il est inadmissible que ses enfants viennent exercer une deuxième fois ce même droit successoral qui concerne la même part héréditaire.

Comme le dit Dumoulin : « *Repræsentatio nunquam est de persona vivente, sed tantum de parente mortuo naturaliter vel civiliter* (1). »

Cette opinion fut pourtant combattue par quelques jurisconsultes clairvoyants (2). Mais elle fut acceptée par la grande majorité des auteurs français, et, avec Pothier, passa dans notre Code. Nous verrons plus tard comment les Allemands surent en débarrasser leur droit et comment Kohler, professeur à Berlin, a su faire ressortir les graves défauts de cette théorie.

Il n'y a pas d'exemples, dit-il, de conceptions aussi artificielles, faites de mots, pour aboutir à des solutions pratiques aussi mauvaises que les principes d'où on les avait déduites.

1. Dumoulin, note sur l'article 241 de la Coutume du Maine.

2. Voyez : *Dictionnaire du-Droit normand*, t. IV, v^e Succ., p. 239.

A côté de cette hypothèse très fréquente, il nous en faut examiner d'autres qui peuvent aussi se produire. Supposons qu'au lieu d'un seul renonçant, tous les enfants du premier degré renoncent à la succession de leur père. Pour peu vraisemblable que soit cette hypothèse, elle n'en a pas moins été prévue par le Code civil français. Il semble qu'en vertu de la règle *Vivi nulla representatio* qui venait d'être posée, les enfants du second degré viendraient seuls et de leur chef à la succession et que, par suite, ils partageraient par tête. C'était là la conséquence logique de ce que nous venons de voir. Ce ne fut pourtant pas la solution qui l'emporta. A l'image de ce qui se passait lorsque tous les enfants du premier degré étaient décédés, on admit ici une représentation de second ordre, la représentation à l'effet de partager, et les enfants des renonçants partagèrent par souche. C'était assimiler le cas où les enfants du premier degré renonçaient tous à la succession au cas où ils étaient tous prédécédés. Cette solution persista d'ailleurs longtemps, puisque Pothier l'admettait encore. Nous verrons que les auteurs du Code civil, pour être logiques avec eux-mêmes, poussèrent jusqu'au bout de ses conséquences le principe de la non-représentation des personnes vivantes, et n'y admirèrent pas même cette exception.

Une autre conséquence des théories que nous venons d'exposer sur la représentation, c'est que pour repré-

senter un ascendant prédécédé dans la succession d'un autre ascendant plus éloigné, il faut avoir accepté soi-même la succession de celui qu'on représente ; il faut, dit-on ordinairement, que le représentant soit venu à la succession du représenté, c'est à-dire qu'il ne l'ait pas répudiée et qu'il n'en ait pas été déclaré indigne. Au premier examen, cette condition peut sembler bonne et elle est au reste une conséquence logique de tout ce système. En effet, la vocation du petit-fils à la succession de son grand-père n'est pas une vocation personnelle ; il y vient par représentation de son père ; ce père est supposé vivant, et c'est, nous l'avons vu, à l'aide de cette fiction de survivance que le petit-fils vient jouir dans la succession du grand-père des droits qui, strictement, sont dévolus à son père. Or, en vertu de quoi pourra-t-il jouir de droits attribués à son père, s'il a refusé sa succession, ou s'il en a été déclaré indigne ? En d'autres termes, où a-t-il pu prendre cette vocation d'emprunt sinon dans la succession de son père ? Une raison pratique semble de plus venir confirmer ce raisonnement : si l'ordre des décès avait suivi un cours normal, le père, encore vivant, aurait hérité du grand-père et les petits-enfants trouvant les deux successions confondues n'auraient pu accepter celle du grand-père en répudiant celle du père. Or, la représentation a pour but de parer autant que possible au hasard des décès et

d'empêcher que les petits-enfants ne souffrent de la disparition de leur père ; mais il ne faut pas non plus que cette disparition anticipée devienne pour eux un avantage en leur faisant recueillir plus que si leur père avait survécu.

Toutes ces raisons ne sont pourtant pas décisives. Si la succession du père est obérée comme il arrivera presque toujours en cas de renonciation, on ne peut obliger les petits-enfants à l'accepter, dans l'espoir, tout à fait éventuel, d'en être un jour récompensés par la succession de leur grand-père. Si, d'autre part, ces petits-enfants ont renoncé à cette succession obérée, il n'y a encore aucune raison pour les priver ensuite de la succession de leur grand-père, car qui sait ce qui fût advenu si les décès avaient suivi un cours normal ; il est probable que la succession du père, grossie de celle du grand-père, d'obérée qu'elle était serait devenue bonne et que les petits-enfants l'auraient acceptée. Aussi Dumoulin et Bartole avaient déjà rejeté la solution contraire, et on permit aux petits-enfants de venir à la succession de leur grand-père après avoir renoncé à celle de leur père. Nous verrons que Pothier se range à la même solution.

Mais ce n'était là qu'une solution pratique, et la théorie ne se trouvait plus satisfaite. Nous avons déjà vu que le petit-fils n'avait qu'une vocation d'emprunt, celle de son père ; comment pouvait-il alors acquérir

cette vocation sans la prendre dans la succession de son père ? Les commentateurs tournèrent la difficulté : quand le successible vient par représentation, dirent-ils, il n'est pas l'ayant cause du représenté ; ce n'est pas de lui qu'il tient sa vocation, mais seulement de la loi qui l'appelle à la succession ; il n'y a vocation d'emprunt que quant à l'exercice et à l'étendue du droit de successibilité ; mais il y a vocation légale et personnelle quant au droit lui-même.

Nous ne pouvons nous rallier à cette explication des commentateurs ; nous croyons que ceux-ci, désireux de toujours justifier leurs solutions et de faire une théorie logique de la représentation, ont voulu trouver des raisons théoriques à toutes les exceptions qu'ils y apportaient ; ici, ils n'ont réussi qu'à se perdre dans leurs distinctions, et à faire du verbiage sans aucune portée pratique.

Enfin il est une troisième conséquence tirée de la théorie de la représentation-fiction. Il faut, pour que le représentant puisse exercer les droits du représenté, que celui-ci eût été lui-même capable de les exercer, s'il avait vécu. Si par exemple le père prédécédé eût été incapable de venir à la succession pour une cause quelconque, il serait logique que ses petits-fils ne puissent venir par représentation à la succession de leur grand-père, car nous avons vu que la mesure des droits du représentant est la même que celle des droits du

représenté. Là où le représenté n'eût eu aucun droit, il est logique de n'en accorder aucun à ses représentants. Pourtant, les auteurs du moyen âge n'appliquèrent pas cette conséquence dans toute sa rigueur ; ils distinguèrent en effet deux catégories d'incapacités : L'incapacité absolue, d'une part, empêchait toute représentation ; c'était un vice tenant à la qualité juridique de la personne du représenté : l'extranéité par exemple : les enfants d'un étranger devenus Français ne pouvaient invoquer la représentation pour venir à la succession de leur grand-père Français, parce que leur père, en perdant la qualité de Français, avait perdu tout droit successoral. L'incapacité accidentelle, d'autre part, tenant non plus à des questions d'état, mais à un fait accidentel, comme l'indignité, n'empêchait pas la représentation. Cette distinction, subtile pourtant, fut admise longtemps par la majorité des auteurs. Demolombe, pour satisfaire l'équité, la reproduit également. Mais nous verrons qu'à la suite de nombreuses controverses, elle finit par disparaître de notre Code civil.

L'ancien droit admettait donc la représentation à l'infini en ligne directe descendante. Mais si le défunt ne laissait aucun descendant en ligne directe, mais seulement des descendants de collatéraux, allait-on admettre la représentation ? La question ne se pose que pour les enfants de frères et sœurs, car le moyen âge, qui suivait le droit romain, n'admettait certainement pas la

représentation pour tous autres collatéraux. Mais pour ces descendants de frères et sœurs, allait-on leur permettre de succéder par représentation et atténuer ainsi par une solution équitable le préjudice que leur causait la mort de leur père ?

Supposons d'abord que le défunt laisse à la fois des frères et sœurs et des enfants de frères et sœurs prédécédés. La solution alors était simple à trouver : elle avait été donnée par un texte formel de la Nouvelle 118(1); il n'y avait qu'à l'appliquer : c'est ce qu'on fit ; comme aux termes de la Nouvelle, on admit la représentation des frères et sœurs, mais au premier degré seulement ; les neveux purent représenter leur père ou leur mère à la succession de leur oncle ; mais à eux seuls demeura limité cet avantage. Ici encore, la représentation avait les mêmes caractères de représentation-fiction que nous venons de voir ; ce ne pouvait être une succession par souche, car on eût été obligé alors d'admettre la représentation pour tous les descendants à l'infini.

Il peut se faire aussi que tous les frères et sœurs soient prédécédés. Nous savons qu'en ligne directe descendante, lorsque tous les enfants au premier degré sont prédécédés, on admet une représentation à l'effet de partager. Allait-on faire de même en ligne collatérale ?

1. Voyez plus haut, p. 17 : « Si autem defuncto fratres fuerint . . . ». Nouvelle 118, chap. III.

Il ne sembla pas aux glossateurs que le cas qui nous occupe dût être réglé d'après les mêmes principes. Déjà pour le cas de concours entre frères et neveux, on avait admis avec peine la représentation à un degré seulement. Mais c'est surtout pour le cas de prédécès des frères et sœurs qu'éclatèrent les divergences de vues : la controverse fut très vive : Accurse tenait pour le partage par souche ; il avait pour lui l'analogie frappante avec le cas dont nous venons de parler où tous les enfants du premier degré en ligne descendante sont prédécédés. Azon, au contraire, voulait qu'on appliquât le partage par tête. La représentation, disait-il (1), est une fiction qu'on ne doit admettre que lorsqu'elle est nécessaire pour faire venir quelqu'un à la succession. Or, ici elle ne l'est point ; les neveux sont les plus proches parents et peuvent venir de leur chef à la succession. D'autre part, même en cas de concours entre oncles et neveux, la représentation n'est admise qu'au premier degré ; c'est une preuve qu'ici elle est exclue — car elle conduirait au partage par souche à tous les degrés à l'infini — et que la loi n'entend admettre la représentation que lorsqu'elle ne peut faire autrement. Enfin la Novelle 118 n'a pas prévu ce cas, et, sans texte, il est impossible d'étendre ainsi la représentation.

1. « Puto magis in capita : secus succederint cum patruis suis..... »
(Azon, *Somme sur le Code*, titre : *De legitimis heredibus*).

Ces raisons prévalurent et l'opinion d'Azon finit par triompher ; la représentation fut exclue, et les neveux, succédant de leur chef, partagèrent par tête. Les principaux Parlements, ceux de Paris, Bordeaux, Toulouse, se décidèrent enfin, après de longues controverses, pour cette solution. Nous verrons que plus tard, on devait revenir sur cette solution et lui en substituer une toute contraire.

On se souvient que dans la ligne directe descendante il n'y eut pas de controverse : la question ne se posa même pas. Pourtant Azon, logique jusqu'au bout, avait prétendu appliquer son système du partage par tête même en ligne directe descendante. Mais un motif péremptoire s'y opposait. Pour la ligne collatérale, le droit de Justinien n'avait pas tranché la question : on pouvait donc discuter. En ligne directe au contraire, on se heurtait à un texte des *Institutes* (1) qui avait prévu expressément le cas de disparition totale du premier degré et avait adopté le partage par souche.

On se trouva ainsi en présence de solutions différentes suivant qu'il s'agissait des lignes directe ou collatérale. Devant cet étrange résultat, Pothier s'efforça plus tard d'en donner une explication. Pour lui, la représentation en ligne directe serait établie surtout « pour conserver l'égalité entre les différentes lignes de la descendance et

1. Voyez le texte précité p. 17 : « Si ex duobus filiis... » *Institutes*, Liv. III, t. I, § 6 *in fine*.

postérité du défunt », ce qui expliquerait le partage par souche. En ligne collatérale, au contraire, « la représentation n'étant établie qu'en faveur des seuls neveux, il est évident qu'elle n'est pas établie en faveur des lignes, et pour conserver l'égalité entre les différentes lignes collatérales ». Aussi, dit-il, ne l'admet-on qu'en cas de concours des neveux avec leurs oncles et non lorsque ces neveux viennent seuls à la succession.

Nous ne croyons ni utile ni bien fondée cette différence de conception de la représentation, suivant qu'il s'agit de la ligne directe ou collatérale. La représentation est fondée sur l'idée d'un devoir égal du défunt par rapport aux diverses souches (1). Elle doit donc toujours, à notre avis, avoir pour conséquence le partage égal de la succession entre les souches et, d'autre part, il nous semble évident qu'en ligne collatérale comme en ligne directe des souches également éloignées du défunt ont un droit égal à la succession. Il y a donc des raisons aussi fortes pour admettre la représentation en ligne collatérale qu'en ligne directe.

Il restait cependant à côté du cas normal, de celui où les neveux avaient besoin de la représentation pour concourir avec leurs oncles, deux cas où l'on admit la représentation : 1° lorsque ces neveux, parents au troisième degré du défunt, se trouvaient en face d'oncles

1. Voy. Deganiscarde. Thèse, 1909, p. 55.

de celui-ci, également au troisième degré ; on décida qu'alors les neveux du défunt excluèrent ses oncles, ce qui ne peut s'expliquer que si ces neveux, parents au troisième degré, empruntent pour succéder le degré de leur père. Il en était de même lorsque le défunt laissait des frères et sœurs consanguins ou utérins et des neveux, enfants de frères et sœurs germains prédécédés. Ces neveux empruntaient le degré et la vocation de leur père, et, comme celui-ci l'aurait fait lui-même en vertu de la règle du double lien, ils excluèrent de la succession les frères et sœurs utérins ou consanguins du défunt. Dans ces deux hypothèses on admettait encore la représentation (1).

Enfin nous arrivons à la représentation en ligne ascendante. Conformément au droit romain, nous avons vu que notre institution de la représentation était en vigueur à l'infini en ligne descendante et au premier degré en ligne collatérale pour les frères et sœurs. En ligne ascendante, on suivit encore le droit romain et la représentation fut complètement bannie.

Les conditions de la représentation dans l'ancien droit français étaient donc les suivantes :

D'abord des conditions générales, admises par toutes les législations, à savoir : que le représenté devait être vivant ou au moins conçu lors de l'ouverture de la suc-

1. Voy. Deganiscarde. Thèse, 1909, p. 57.

cession; qu'il devait être capable de venir à cette succession, ce qui excluait les indignes et les exhérédés; enfin que le représentant devait être le descendant du représenté.

Puis des conditions spéciales, \ conséquences des théories de l'époque :

1° Le représenté ne devait plus être vivant au jour de l'ouverture de la succession;

2° Il fallait que le représenté eût été capable de venir à la succession, s'il y avait survécu.

C'est sur ces dernières conditions que porteront les principales différences que nous signalerons avec les législations postérieures, et notamment avec les législations étrangères que nous allons étudier.

Faisons, avant de terminer avec le droit du moyen âge, deux remarques qui auront plus tard leur importance :

1° Comme étendue d'application, le moyen âge, de même que le droit romain, n'admet la représentation qu'à titre d'exception au principe supérieur et intangible de la proximité du degré. Cette remarque est importante surtout à la veille de la période révolutionnaire qui va asseoir sur la représentation un système successoral tout entier, système d'ailleurs logique et homogène, comparable sur beaucoup de points à l'un des plus récents parmi les systèmes étrangers, celui du droit allemand;

2° Comme conception, le moyen âge a de la représentation successorale une conception étroite, par suite de cette idée fausse de la représentation-fiction ; nous verrons l'appréciation qu'en fait un éminent juriste allemand, Kohler. Cette fiction restreint l'application de la représentation aux cas de prédécès en même temps qu'elle en fait un instrument dangereux et plein d'iniquité pour les fils de renonçants ou d'indignes.

DROIT RÉVOLUTIONNAIRE

L'ancien droit et les coutumes du moyen âge avaient admis comme à regret et à titre d'exception la représentation successorale. La Révolution va s'aider de ce même principe pour servir ses projets égalitaires et en faire une institution de tout premier ordre, base du droit successoral nouveau.

La Révolution en effet venait de proclamer l'égalité politique de tous les citoyens. Il lui fallait, comme conséquence, réaliser l'égalité économique, égalité de situation matérielle qu'elle ne pouvait atteindre que par des lois successorales nouvelles. Aux successions aristocratiques de l'ancien régime, elle substitua un régime d'égalité forcée entre héritiers de même degré et de fractionnement indéfini des fortunes au profit des jeunes ; la représentation successorale devait contribuer puissamment à l'établissement de ce régime.

Déjà les lois des 8 avril 1791 (art. 21) et 5 brumaire an II (art. 15), qui, progressivement, tendaient à la suppression du testament, connaissaient la représentation. Mais ce fut surtout la loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) qui réalisa les réformes essentielles en cette matière.

Cette loi, « qui symbolise la législation révolutionnaire et en incarne l'esprit » (1), comprend deux parties très différentes : l'une, dont nous dirons peu de chose, se contente de reproduire les précédentes et notamment la loi de brumaire. La seconde partie seulement est originale : elle crée de toutes pièces un régime successoral nouveau qu'elle fait reposer presque entièrement sur la représentation.

En apparence, la loi de nivôse, comme autrefois le droit romain, admet trois ordres d'héritiers. Aux termes de l'article 63 :

Il y a trois espèces de succession pour les parents : la succession qui échoit aux ascendans, celle qui échoit aux descendans et celle à laquelle sont appelés les parens collatéraux.

En ligne descendante, la représentation est admise à l'infini. Les articles 64 et suivans appellent en effet à la succession d'abord les enfans, à leur défaut les petits-enfans, puis « les autres descendans dans l'ordre de leur degré ». Ceci semblerait d'abord exclure toute représentation, mais l'article 68 ajoute : « Lorsqu'il y a des petits-enfans, ou des descendans de degré ultérieur, la représentation a lieu. » Donc en ligne descendante, rien de changé avec l'ancien droit, quant à l'étendue du moins, du droit de représentation.

1. Aron, « La législation successorale de la Révolution », dans la *Nouvelle Revue Historique*, 1901, p. 446.

En ligne ascendante, la représentation n'existe pas. Si le grand-père paternel vient à la succession, c'est de son chef, non par représentation du père. Il s'ensuit que, lorsque les ascendants viennent seuls à la succession, il n'existe entre eux aucune fente consécutive à la représentation : si par exemple la mère reste seule ascendante du premier degré avec en face d'elle le grand-père paternel, elle prendra seule toute la succession.

En ligne collatérale par contre, l'article 77 nous dit que « la représentation a lieu jusqu'à l'infini en ligne descendante ». Les ascendants sont donc représentés par les collatéraux qui descendent d'eux. Il s'ensuit que tout le système de la loi de nivôse peut se résoudre, grâce à la représentation, en un ensemble de séries généalogiques analogues à ce qu'est aujourd'hui le système des « parentèles » du droit allemand. Les descendants du défunt composent la première de ces séries ; les père et mère et leurs descendants composent la deuxième ; ses grands parents et leurs descendants, la troisième, et ainsi de suite. Entre ces séries, la préférence est fixée par la proximité de l'ascendant tête de série avec le défunt :

Art. 77. — ... Ceux qui descendent des ascendants les plus proches du défunt excluent ceux qui descendent des ascendants les plus éloignés de la même ligne.

Ainsi les descendants du père excluront ceux du

grand-père et ainsi de suite. Les séries généalogiques viennent à la succession à l'exclusion les unes des autres et en commençant par la plus proche.

La représentation devient ainsi le principe essentiel de ce système successoral, la « clef de voûte sur laquelle il repose » (1). L'on peut dire que le système successoral de cette loi n'admet en réalité que deux ordres d'héritiers : les descendants et les ascendants, avec représentation à l'infini des ascendants par les collatéraux qui descendent d'eux. Il est inutile de présenter les collatéraux comme un ordre à part.

On voit de suite où tend ce système : à l'égalité parfaite entre les descendants du même degré dans la même branche, mais aussi à la division extrême, au morcellement à l'infini des successions et des fortunes. C'était là un premier but que s'était proposé le législateur, et il fut trop grandement atteint. Une seconde préoccupation de cette loi a été de favoriser les jeunes générations favorables aux idées nouvelles, au détriment des vieillards, imbus des principes anciens. La représentation a puissamment contribué à cette dévolution des biens aux jeunes ; elle y fut d'ailleurs aidée par une disposition de l'article 72, qui, même en cas de survivance des ascendants, têtes des séries généalogiques, les excluait de la succession au profit de leurs enfants, héritiers plus

1. Cf. le Cours de M. Saleilles de 1908-1909.

jeunes ; ce n'était plus même là une représentation proprement dite ; c'était en quelque sorte une représentation élargie, car l'héritier pouvait n'être pas le descendant de l'ascendant tête de ligne exclu par lui :

Dans tous les cas, dit l'article 72, les ascendants sont toujours exclus par les héritiers collatéraux qui descendent d'eux ou d'autres ascendants au même degré.

Il semble d'après ce texte que tout ascendant doive être exclu par un descendant quelconque fût-il même de la ligne opposée. C'est d'ailleurs là, croyons-nous, l'intention première du législateur. Mais cette question, s'étant posée par la suite, fut tranchée par la loi du 22 ventôse an II, article 51, dans le sens contraire : Il s'agissait en l'espèce de savoir si un frère utérin allait exclure le père du défunt : Cette loi déclara que la fente entre les deux lignes, paternelle et maternelle, aurait alors lieu et que chacun d'eux succéderait dans sa ligne. Que reste-t-il alors comme application de l'article 72 ? Il faut que l'ascendant exclu et le collatéral soient dans la même ligne : on verra par exemple un grand-père exclu par un descendant de sa femme qui se trouve dans la même ligne que lui. Il fallait donc, comme l'a fait l'article 51 de la loi de ventôse, compléter l'article 72 en ajoutant au texte que les ascendants sont exclus par les collatéraux qui descendent d'eux ou d'autres ascendants au même degré « dans la même ligne ».

Ainsi la représentation dans la loi de nivôse existe en ligne descendante et collatérale à l'infini sauf l'application de l'article 72. Mais quelle est cette représentation? Les auteurs de la loi de nivôse ont-ils accepté les théories émises avant eux par les auteurs du moyen âge? Question assez difficile à résoudre, car le texte de la loi est très bref à ce sujet, et rares sont les passages qui peuvent nous servir par interprétation. Le législateur a tracé rapidement et à grands traits un système successoral, sans s'arrêter aux détails. D'autre part, la loi de nivôse a été peu de temps en vigueur et la jurisprudence est rare. L'article 82 nous dit seulement que :

Par l'effet de la représentation, les représentants entrent dans la place, dans le degré et dans tous les droits du représenté. La succession se divise en autant de parties qu'il y a de branches appelées à la recueillir et la subdivision se fait de la même manière entre ceux qui en font partie.

La première partie de cet article est malheureuse dans son expression comme nous aurons l'occasion de le dire à propos du Code civil qui reprend cette définition. Quant à la deuxième partie, elle admet « la division de la succession en autant de parties qu'il y a de branches appelées à la recueillir ». C'est bien là, croyons-nous, la succession par souches. Par cette interprétation se trouveraient résolus nombre de problèmes embarrassants : dévolution de la succession en cas de vacance

totale du premier degré ; question de la représentation des personnes vivantes. Toutes ces questions recevaient une solution contraire à celle adoptée par l'ancien droit et conforme au système romain de la *successio in stirpes*. C'est d'ailleurs l'avis de Vermeil, le seul des juristes, qui avaient assisté à la préparation de la loi de nivôse, qui nous ait laissé un commentaire un peu documenté sur cette loi. Sur la question de la vacance intégrale d'un degré, Vermeil s'exprime ainsi :

Ainsi s'il avait existé trois enfants de l'auteur commun qui fussent morts avant lui, l'un laissant un fils ou une fille, l'autre deux, l'autre trois, chacune de ces branches ne prendra qu'un tiers dans la succession de l'aïeul et ce tiers sera partagé en deux parts égales dans la branche où il existe deux rejetons et en trois parts dans celle où il en existe trois (1).

Solution conforme au partage par souches, à l'admission de la représentation à l'infini que nous trouvons dans cette loi. Quant à la représentation des personnes vivantes, indignes ou renonçantes (2), Vermeil est aussi catégorique :

Avant la nouvelle législation, dit-il, quelques jurisconsultes pensaient qu'on ne pouvait représenter un homme vivant... Nous ne croyons pas qu'il en doive être ainsi dans

1. Vermeil, *Code des Successions*, p. 66.

2. La loi de nivôse n'admet pas l'exhérédation.

le nouvel ordre de choses à l'égard des enfants de l'héritier vivant qui a renoncé. Un des principaux buts de la loi du 17 nivôse est de diviser la fortune et d'établir l'égalité dans les partages ; toute opinion qui tend à ce but est donc dans le sens de la loi (1).

D'ailleurs cette solution nous semble confirmée par la disposition de l'article 72 (2). D'après cet article, les ascendants, même survivants, sont toujours exclus « par les héritiers collatéraux qui descendent d'eux... » Ainsi le grand-père du défunt sera exclu par l'oncle, descendant de ce grand-père. C'est en quelque sorte une représentation forcée que la loi impose au grand-père, du vivant de celui-ci. La représentation des personnes vivantes se trouverait ainsi confirmée par un texte. On peut nous répondre, il est vrai, que cet article, loin de constituer une application de la représentation, n'est qu'une exception apportée par le législateur à son système de dévolution ; que cette exception n'est susceptible d'aucune extension et qu'elle est étrangère à la théorie de la représentation.

Il n'est pas impossible en effet que dans l'esprit du législateur, cet article demeurât étranger à la représentation ; mais il n'en reste pas moins que la première partie de l'article 72 offre une analogie frappante avec la représentation des personnes vivantes

1. Vermeil, *Code des Successions*, p. 67.

2. Voyez ci-dessus p. 46 le texte de l'article 72.

et qu'elle rend cette dernière conforme à l'esprit de la loi de nivôse. Aussi n'hésitons-nous pas, malgré les nombreuses controverses dont cette question a été l'objet, à admettre que la loi du 17 nivôse an II a rejeté les théories médiévales de la représentation pour s'en tenir au pur droit romain.

Il est, d'autre part, une conséquence nouvelle de la représentation dans la loi de nivôse : c'est la fente, c'est-à-dire le partage de la succession entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

On a contesté que la fente fut dans la loi de nivôse une conséquence de la représentation.

Pour expliquer au moyen de la représentation la règle du partage par moitié de la succession entre les parents paternels et les parents maternels, dit Vallier (1), il faudrait dire qu'il y a ici non pas une représentation à l'effet de succéder, mais une représentation à l'effet de partager; or, il ne semble pas que les législations révolutionnaires aient connu ce mode de représentation assez particulier.

Cet auteur s'appuie sur un passage de Vermeil (2), et sur une déclaration faite à la Cour de cassation par

1. Vallier, *Le Fondement du Droit successoral en Droit français*. Thèse de Paris, 1902, § 311.

2. « Ceux qui ont un auteur immédiat commun avec le défunt ne succèdent point par la représentation; ils n'en ont pas besoin pour se rapprocher de lui » (Vermeil, *Code des Successions*, p. 76).

Merlin et rapportée par lui (1). Et Vallier ajoute :

A supposer que ce fût le principe de la représentation qui expliquât la fente entre les descendants des père et mère, on ne peut pas ne pas reconnaître que ce principe serait insuffisant pour expliquer la fente entre les collatéraux issus d'ascendants autres que les père et mère, car c'est un principe constant dans la loi de nivôse que la représentation n'a seulement lieu qu'en faveur des descendants et non en faveur des ascendants...

Et cet auteur, ayant ainsi rejeté la fente comme conséquence de la représentation, lui donne « pour unique fondement l'idée d'un devoir égal du défunt envers les deux familles dont il est issu ».

Cette idée d'un devoir égal envers les deux familles paternelle et maternelle pourrait servir de fondement à la fente du droit civil comme à celle de l'ancien droit. Mais ce motif est évidemment étranger à la loi de nivôse. Nous en donnerons deux raisons seulement: c'est d'abord que dans cette loi la fente n'existe pas dans l'ordre des ascendants. Aux termes de l'article 71

Les ascendants sont appelés à la succession suivant la proximité du degré s'il ne reste pas de descendants de ce même degré.

1. Déclaration faite à la Cour de cassation à la délibération qui précéda l'arrêt du 5 brumaire an IX, rapportée par Merlin, dans ses *Questions de Droit*, t. V, mot : *Succession*.

Nous savons déjà que les ascendants sont exclus par les collatéraux qui descendent d'eux ou d'autres ascendants au même degré dans la même ligne. Mais si nous supposons qu'il n'existe pas de collatéraux et que le père et le grand-père maternel seuls restent, le père prendra toute la succession à l'exclusion du grand-père. Cette solution ne serait certainement pas conforme à une fente motivée par le devoir égal entre les deux lignes. D'autre part, le texte même de la loi nous indique nettement la conception que les auteurs de cette loi se sont faite de la fente : après que l'article 82 a défini la représentation dans les termes que nous avons cités, l'article 83 en déduit cette conséquence :

Si donc les héritiers du défunt descendent les uns de son père, les autres de sa mère, une moitié de la succession sera attribuée aux héritiers paternels et l'autre moitié aux héritiers maternels.

Ainsi apparaît cette relation étroite entre la fente et la représentation ; toutes les fois que la représentation entre en jeu — c'est-à-dire lorsque les collatéraux viennent en ordre utile pour succéder — la fente s'applique. Dès que la représentation cesse d'exister — c'est-à-dire lorsque ce sont les ascendants qui succèdent — la fente cesse aussi. Indépendantes aujourd'hui (car la représentation n'existe plus en ligne collatérale), ces deux institutions, fente et représentation, sont liées dans la loi

de nivôse par une étroite relation de cause à effet, si bien qu'on peut dire que la fente n'est dans cette loi qu'une conséquence directe et logique de la représentation. Elle n'est pas ici comme en droit français une survivance de la succession aux propres : c'est une sorte de principe égalitaire.

Pourtant, il est un cas, mais un seul, où l'application de la fente se trouve en contradiction avec la représentation et où il devient une exception à ce principe : c'est lorsque les collatéraux qui viennent à la succession dans une ligne sont issus d'un ascendant plus éloigné que celui dont descendent les héritiers de l'autre ligne. Alors, en vertu de la représentation, ces derniers devraient exclure les autres, car leur tête de souche est plus proche du défunt. C'est là en effet une légère objection qui fut soulevée devant le tribunal de Cassation et sur laquelle Merlin (1) s'appuie pour nier tout lien entre fente et représentation. Mais les raisons de texte et de logique, que nous avons mises en avant, montrent bien que tel n'est pas l'esprit de la loi de nivôse.

Il nous reste à voir les applications principales de ces deux principes combinés, représentation et fente. Pour les ascendants, ni l'un ni l'autre de ces principes ne trouve d'application. Tout y est réglé par la proximité du degré, mais dès qu'il s'agit des collatéraux, fente et représentation entrent en jeu, que ces collatéraux

1. Merlin, *Questions de Droit*, t. V, mot : *Succession*, § VIII.

représentent des ascendants prédécédés ou encore vivants.

Supposons d'abord que dans chaque ligne ce sont des collatéraux qui viennent à la succession :

1° S'ils descendent d'un ascendant de même degré, une moitié de la succession va à chacune des lignes, quel que soit le nombre des collatéraux dans chaque ligne. Après la fente ainsi opérée, la représentation s'applique dans chacune de ces lignes ;

2° Si au contraire les collatéraux ne descendent pas d'un ascendant de même degré, la fente s'applique encore. Pourtant, nous avons vu qu'elle faisait échec dans ce cas au principe de la représentation ; c'est pourquoi on contesta que la fente dût alors s'appliquer. L'espèce pour laquelle la question se posa était la suivante : La ligne maternelle était représentée par un frère utérin, la paternelle par des descendants du grand-père. On soutint que le frère utérin devait exclure les descendants du grand-père, alors pourtant que l'article 84 (1) de la loi de nivôse rendait cette solution impossible. Dès que le frère utérin se réclamait de la représentation pour obtenir la part de la mère, il devait subir aussi la fente, conséquence logique de la repré-

1. Art. 84. — « Si le défunt n'a pas laissé d'héritiers descendant de son père, la portion paternelle sera attribuée pour moitié aux descendants de l'aïeul paternel et pour une autre moitié aux descendants de l'aïeule maternelle. » Ce dernier mot est une erreur du législateur qui a voulu désigner l'« aïeule paternelle ».

sensation. D'ailleurs cette solution en faveur de la fente fut confirmée successivement par deux lois interprétatives des 22 ventôse et 9 fructidor an II.

La fente, comme on le voit, est toujours admise entre collatéraux, car ceux-ci ont toujours besoin de la représentation pour succéder.

Entre ascendants et collatéraux, deux principes vont se trouver en présence : fente avec représentation d'une part qui s'appliquent entre collatéraux ; proximité du degré de l'autre qui s'applique aux ascendants.

Trois hypothèses peuvent se présenter :

1° L'ascendant dans une ligne et les collatéraux dans l'autre sont de souche égale. Nous avons vu qu'une controverse s'était élevée sur ce cas à propos de l'interprétation de l'article 72 (1). La loi du 22 ventôse an II, article 54, trancha la question en faveur de la fente : ce qui est d'ailleurs conforme aux principes que nous avons admis, car les collatéraux succèdent ici par représentation ; par suite la fente aussi doit s'appliquer ;

2° Les collatéraux sont d'une souche plus éloignée que l'ascendant de l'autre ligne. La représentation seule ne pourrait permettre à ces collatéraux de succéder ; ce principe primordial de la représentation ne trouvant pas ici d'application utile, le principe qui en découle, la fente, ne pourra pas non plus être invoqué. C'est d'ailleurs ce que confirme la loi interprétative du 9 fructi-

1. Voyez plus haut, p. 46.

dor an II (art. 11) dans l'espèce de la mère en face de collatéraux de souche plus éloignée : celle-ci exclut, dit la loi du 9 fructidor, tous les collatéraux de l'autre ligne ;

3° Enfin les collatéraux sont de souche plus rapprochée ; alors ils succèdent par représentation, et par ce fait que la représentation s'applique, la fente existe. Cette solution, en faveur des ascendants, est d'ailleurs confirmée pour le frère utérin par la loi de ventôse an II.

La fente étant ainsi réglée, il semble qu'on devait, pour pousser jusqu'au bout la logique du système, admettre la refente. Celle-ci consiste, lorsque les père et mère sont prédécédés sans autre postérité que le défunt, à diviser également leurs parts entre les grands-parents de chaque ligne ou leurs descendants.

Une refente fut admise au cas où il restait des descendants de plusieurs mariages successifs d'un même ascendant. Alors la loi de nivôse ne voulait pas admettre l'ancien principe du double bien qui aurait exclu entièrement les enfants d'un premier lit au profit des enfants communs ; elle ne voulait pas non plus mettre les premiers sur un pied d'égalité avec les seconds ; aussi l'article 84 (1) admit la refente pour aboutir à une solution intermédiaire : les enfants communs pren-

1. Précité, voy. p. 54 en note.

dront dans les deux branches, les autres dans la leur seulement.

Mais la question qui se posait était plus vaste : Devait-on faire de la refente une application générale dans les mêmes conditions que la fente (1) ? Entraîné par cette première application, le tribunal de Cassation l'admit une première fois entre branches du même lit ; mais il se rendit compte bien vite du morcellement extrême auquel conduit ce système pour les descendants éloignés. Aussi rendit-il par la suite des arrêts contraires à la refente et ne l'admit jamais plus.

D'ailleurs, cette refente allait à l'encontre de l'article 77 qui veut que les descendants des ascendants les plus proches excluent ceux qui descendent des ascendants les plus éloignés dans la même ligne. Le mot ligne signifie ici la ligne paternelle et la ligne maternelle et ne peut se rapporter à chacune des branches diverses issues d'un même tronc. Ainsi entendu, cet article ne peut être concilié avec la refente. Il est encore un autre texte sur lequel s'appuie cette exclusion de la refente : l'article 72 prononce l'exclusion des ascendants par les collatéraux qui descendent d'eux ou d'autres ascendants au même degré dans la même ligne. Or pour que ces ascendants soient exclus par des collatéraux qui

1. Voyez tout cet exposé dans Merlin. *Questions de droit*, au mot Successions, n° 8.

descendent d'un autre ascendant au même degré dans la même ligne, il est nécessaire d'exclure la refente ; sans quoi, les derniers mots de l'article 72 n'auraient plus aucun sens. C'est d'ailleurs la même solution qu'adoptera le Code civil dans son article 734.

CODE CIVIL

Après la conception élargie de la représentation qu'avait appliquée la loi de nivôse, le Code civil enserra cette institution dans des limites plus étroites ; il restreignit l'étendue de ses applications et reprit l'étroite conception du moyen âge.

Le Code en effet ne visait plus un but politique ; il voulait faire œuvre durable ; pour cela, il reprit beaucoup de théories du moyen âge qui avaient fait leurs preuves, s'efforça de corriger en elles ce qui sembla défectueux et les adapta à la législation nouvelle. Ce mode de procéder réussit aux auteurs du Code en d'autres matières ; mais pour celle que nous étudions, les auteurs du Code, soit par suite d'une réaction provoquée par les excès des lois révolutionnaires, soit plutôt faute d'avoir reconnu les erreurs du moyen âge, tombèrent dans les mêmes erreurs que les glossateurs et les commentateurs anciens de la Nouvelle 118.

Pothier, l'un des auteurs les plus suivis par le Code civil, avait marché sur les traces des auteurs anciens ; aussi l'article 739 du Code civil commence-t-il par défi-

nir la représentation : « une fiction de la loi dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. » Il n'y a certes pas lieu de féliciter les auteurs du Code d'avoir trouvé ou plutôt d'avoir copié dans la loi de nivôse (1), qui elle-même l'avait prise dans une de nos anciennes coutumes, une définition aussi mauvaise. Outre que le législateur emploie ici les mots de représentant et de représenté qu'il veut définir, il accumule des substantifs synonymes : « place », « droits » et « degré », sans rien ajouter au sens ; enfin il reprend ce mot et cette théorie de la « fiction » dont les auteurs anciens ont tant abusé, comme si un législateur tout-puissant devait avoir recours à des fictions pour se faire pardonner des exceptions aux principes qu'il a antérieurement établis.

L'esprit dans lequel est conçue cette définition nous fait entrevoir déjà ce que le Code civil a voulu : Une représentation analogue dans ses grandes lignes à celle de l'ancien droit, copiée sur elle, et quant à son étendue, et quant à sa conception, et qui n'en diffère que par des détails d'application.

L'article 740, § 1, pose le principe de la représentation à l'infini en ligne directe descendante. Puis son paragraphe 2 distingue entre les cas de représentation : « Elle est admise, dit ce paragraphe, dans tous les cas, soit que

1. Loi du 17 nivôse an II, art. 82. Voyez plus haut p. 47.

les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant prédécédé, soit « que tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou inégaux ». Dans le premier cas, il y a concours entre les enfants du défunt et les descendants d'un enfant prédécédé ; c'est la représentation-fiction d'autrefois, celle qui fait remonter d'un ou plusieurs degrés certains héritiers pour leur permettre de venir à la succession. Dans le second cas, tous les enfants du premier degré sont prédécédés : c'est l'ancienne représentation-partage : celle-ci ne servait pas à procurer au représentant un degré héréditaire plus rapproché ; elle avait seulement pour but de maintenir l'égalité entre les diverses souches issues du défunt. Pothier avait en effet admis ces deux conceptions de l'ancien droit, et nous allons voir que le Code civil a adopté presque toutes les conséquences de la représentation-fiction.

La première de ces conséquences est exprimée très nettement par l'article 744, § 1 :

On ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement⁽¹⁾.

1. La mort civile résultait autrefois de condamnations. Elle était assimilée au point de vue des successions à la mort naturelle. Elle n'a jamais soulevé de difficultés au point de vue où nous l'envisageons actuellement. Aussi ne nous étendrons-nous pas sur elle. On sait qu'elle a été supprimée par la loi du 31 mai 1854.

Nous avons dit déjà que ce principe de la non-représentation des personnes vivantes, défendu par Dumoulin, avait été vivement attaqué, notamment par Basnage et les auteurs coutumiers normands qui l'avaient repoussé(1); cependant Pothier l'admit et, après lui, le Code civil.

Les partisans de cette solution s'efforcèrent de lui trouver une justification et en donnèrent celle-ci : si la représentation des personnes vivantes était autorisée, dirent-ils, elle permettrait des fraudes de ce genre : un fils a reçu de son père une donation : cette donation, s'il n'est rien stipulé, est sujette à rapport ; mais à la succession du père le fils renonce ; ses enfants à lui pourront venir le représenter à cette succession ; ils y prendront sa part, en sorte qu'ils se trouveront un jour, par suite de cette fraude, en possession à la fois de la succession de leur grand-père et de la donation par lui faite à leur père.

Ce raisonnement serait excellent s'il n'existait dans notre Code un article qui lui enlève toute portée : l'article 848 stipule que « si le fils ne vient que par représentation, il doit rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession ». De ce fait, l'argument que nous venons d'exposer tombe en entier et l'article 744 ne trouve

1. *Dictionnaire de Droit normand*. Voyez plus haut p. 29, note 2.

plus aucune justification plausible. C'est d'ailleurs ce qu'il lui valut de nombreuses critiques d'éminents auteurs notamment de Demolombe dans son *Traité des Successions* (1).

Il est même un point sur lequel le Code civil a poussé plus loin que l'ancien droit la rigueur du principe : *Vivi nulla repræsentatio*. Supposons en effet que tous les enfants du premier degré soient vivants, mais que tous renoncent à la succession. Le Code a prévu cette hypothèse. On se souvient que l'ancien droit dans ce cas, tout comme dans celui de prédécès de tous les enfants du premier degré, admettait, malgré le principe de l'article 744, une représentation de second ordre, la représentation à l'effet de partager et qu'ainsi les petits-enfants partageaient par souches. Pothier, avait, lui aussi, admis ce tempérament. Mais le Code civil ne le suivit pas dans cette voie et admit le principe de son article 744 dans toute la rigueur de ses conséquences : si tous les enfants du premier degré renoncent, les petits-enfants viennent à la succession, mais de leur chef, puisqu'on ne représente pas les personnes vivantes, et, par suite, ils partagent par têtes. L'article 787 est très catégorique sur ce point :

1. Voy. Demolombe, *Traité des successions*, t. I, n° 402. Voy. aussi : Baudry et Wahl, *Des successions*, t. I, n° 332.

On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a renoncé : si le renonçant est seul de son degré, ou si tous les cohéritiers renoncent, les enfants viennent de leur chef et succèdent par tête.

Il en serait d'ailleurs de même, bien que le Code ne le dise pas expressément, si tous les enfants du premier degré étaient déclarés indignes, hypothèse un peu moins invraisemblable que celle prévue par le Code.

Nous apercevons déjà ici une des applications néfastes de la représentation-fiction et du principe de l'article 744 qui en est la conséquence : rapprochons deux hypothèses, celle où tous les enfants du premier degré sont prédécédés et celle où tous sont renonçants ou indignes. Que se passe-t-il dans ces deux cas ? L'ancien droit, en apportant un tempérament au principe de l'article 744 était arrivé à deux solutions concordantes. Le Code civil, en appliquant simplement le principe et ses conséquences, arrive à ces solutions choquantes, contradictoires, pour deux cas similaires : dans la première hypothèse, représentation, c'est-à-dire partage par souche (art. 740); dans la deuxième, pas de représentation, c'est à-dire partage par tête (art. 787). D'où vient cette discordance ? Simplement de ce fait que le principe sur lequel repose toute cette construction n'est qu'une fiction, une construction de l'esprit qui ne répond à rien de réel, une « chimère et une

méprise », comme dit Kohler dans l'analyse qu'il en fait (1).

Nous allons voir mieux encore les méfaits de cet article 787 dans un cas spécial où se disputent le terrain les deux solutions contraires que nous venons de signaler. Supposons en effet que des deux fils du défunt, l'un soit prédécédé, l'autre renonce ou soit indigne, tous deux laissant des enfants. Appliquera-t-on l'article 740 ou bien l'article 787 ? Lors de la discussion du Code civil au Conseil d'État, cette difficulté avait même été une objection contre l'article 787. Les partisans du partage par tête voulaient que dans ce cas la représentation ne fonctionnât pas. On leur fit alors observer, et ceci n'a pas échappé à la critique de Kohler (2), que ce partage par tête permettrait des fraudes : si des deux fils du défunt, l'un est prédécédé, laissant un enfant, et que l'autre vivant en ait quatre, celui-ci s'empressera de renoncer à la succession si cette renonciation doit avoir pour conséquence le partage par tête. Car s'il venait lui-même en concours avec ses neveux, on appliquerait l'article 740, c'est-à-dire le partage par souche et il n'aurait que la moitié de la succession. Si au contraire cette renonciation a pour conséquence l'applica-

1. Kohler, *Zwei Studien über das Sogenannte Repräsentationsrecht* dans les *Gesammelte Abhandlungen*. Début.

2. *Id.*, p. 375.

tion de l'article 787 et du partage par tête. ses enfants prendront à eux tous les $\frac{4}{5}$ de la succession, lésant ainsi leurs cousins des $\frac{5}{10}$ de cette succession.

Mais Cambacérès et Berlier répondiront avec raison qu'il ne pouvait y avoir lieu au partage par tête : la logique s'y opposait : au moment de l'ouverture de la succession, les enfants du fils prédécédé sont appelés de plein droit à la représentation de leur père ; ils acquièrent là un droit ; ils deviennent de ce fait héritiers du premier degré puisqu'ils ont emprunté la vocation héréditaire et le degré de leur père. Il est donc bien impossible que, par la suite, par un fait indépendant d'eux, la renonciation postérieure de leur oncle à la succession, ils se trouvent perdre ce droit acquis à la succession de leur grand-père. Malgré cette renonciation, ils se trouvent héritiers au premier degré à la place de leur père. Et, après la renonciation, ils sont en face de leurs cousins, les fils du renonçant ; ceux-ci, ne pouvant invoquer la représentation, restent au second degré et se trouvent exclus. Le résultat est donc très simple : c'est l'exclusion totale des enfants du renonçant. D'ailleurs, disait Berlier, rien de plus juste ; leur père, en renonçant, a exercé son droit : celui-ci est éteint, et il est impossible que ses enfants l'exercent une seconde fois.

Remarquons qu'ici l'ancien droit arrivait sans difficulté à une solution beaucoup plus rationnelle. Nous avons vu qu'en cas de renonciation de tous les enfants du pre-

mier degré, comme en cas de prédécès de tous ces mêmes enfants, on avait admis une solution identique : cette sorte de représentation secondaire à l'effet de partager qui conduisait au partage par souche. Aussi ne s'éleva-t-il aucune contestation sur ce cas intermédiaire : le partage par souche s'imposait. C'est d'ailleurs la seule solution équitable.

La deuxième conséquence de la conception médiévale de la représentation était que, pour en bénéficier, le représentant devait avoir hérité du représenté. Nous avons vu combien cette conséquence était rigoureuse et que Dumoulin l'avait rejetée. L'article 744, § 2, nous dit expressément : « On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé. » Il eût fallu ajouter pour embrasser tous les cas : ... Ou de la succession duquel on a été déclaré indigne. Sans se préoccuper des discussions que cette question avait soulevées, le Code n'a osé ici appliquer jusqu'au bout les conséquences du principe qu'il avait admis.

Le fils pourra donc, lorsque la succession de son père sera obérée, refuser cette succession sans pour cela se priver du droit de représenter plus tard ce père à la succession de ses oncles ou grands-parents. Il semble qu'ici le Code ait favorisé le représentant au détriment des créanciers du représenté. L'intérêt des créanciers, il est vrai, est de peu d'importance ; car, ceux-ci n'avaient dans leur gage que les biens du père ; la succession du grand-père ne pouvait constituer pour eux tout au plus

qu'une simple espérance. Mais une raison bien plus importante devrait empêcher qu'ils soient ainsi frustrés : Si les décès avaient suivi leur ordre normal, le père eût d'abord succédé au grand-père ; et le petit-fils, trouvant les deux successions réunies en une seule, n'eût recueilli de celle de son grand-père que l'excédent d'actif, après déduction des dettes du père. Mais si le père meurt le premier, le petit-fils refusera sa succession et viendra ensuite le représenter à celle du grand-père ; il héritera de toute celle-ci et ne paiera pas les créanciers de son père. Est-ce donc là le but poursuivi par la représentation ? Doit-elle placer le représenté dans une position plus avantageuse que si son père eût survécu ? et l'aider à frustrer les créanciers de ce père ? Certainement non : il apparaît ici que le Code, en voulant remédier à une injustice, est tombé dans l'injustice opposée. La solution intermédiaire serait celle-ci : Le petit-fils qui a renoncé à la succession de son père pourrait venir le représenter, mais il serait tenu à ce moment, pour ainsi dire une acceptation rétroactive de la succession de son père, en ce sens du moins qu'il ne pourrait accepter aucune succession par représentation sans éteindre les dettes de son père représenté jusqu'à concurrence de l'actif de la succession ainsi recueillie.

Pour l'indignité, bien que l'article 744 n'en parle pas, nous avons dit qu'il fallait admettre la même solution dans les cas où elle a lieu (art. 727) : elle reste personnelle, et celui qui a été déclaré indigne de succéder.

Il pourra même arriver à l'indigne, s'il est fils unique, de recueillir, par représentation de son père dans la succession de ses oncles ou grands-parents les biens dont son indignité l'avait privé autrefois dans la succession de son père. Nous n'avons pas besoin d'envisager ici l'exhérédation qui existait dans l'ancien droit où elle avait été l'objet de procès scandaleux (1). Le Code, après la loi de nivôse, l'a rejetée.

Une remarque est à ajouter : Que le représentant ait ou non hérité du représenté, il est toujours tenu, lorsqu'il vient le représenter dans une autre succession, de rapporter les libéralités à lui faites par le défunt (art. 848) (2). Il peut donc être tenu d'un double rapport : 1^o rapport des donations à lui faites ; 2^o rapport des donations faites au représenté.

La dernière conséquence de l'idée de représentation-fiction veut que le représentant ne puisse exercer les droits du représenté que si celui-ci était lui-même capable de les exercer. Par exemple, pour qu'un fils vienne à la représentation de son père prédécédé, il faut que celui-ci eût été capable de venir à la succession s'il eût vécu. L'ancien droit avait fait à ce sujet une distinction entre les incapacités absolues et accidentelles (3). Les premières

1. Voyez les *Caractères* de La Bruyère. Chap. *De quelques Usages*, n^o 58.

2. Article déjà cité. Voy. p. 62.

3. Il est bon de remarquer que la mort civile n'est pas une incapacité. Le mort civilement est assimilé au mort naturel et ses enfants peuvent

seules empêchaient la représentation : les secondes, parmi lesquelles l'indignité, n'étaient pas un obstacle suffisant. Cette distinction est tombée d'elle-même ; d'ailleurs, l'une des dernières incapacités absolues, l'extranéité, qui était admise par le Code, a été supprimée ; depuis le 14 juillet 1819, les étrangers ont le « droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume ». Il ne reste donc plus que l'indignité comme cause d'incapacité. Cependant les auteurs ne s'entendent pas sur la solution à adopter. La plupart refusent de reconnaître différentes sortes d'incapacités. L'indignité, au même titre que toute autre cause, empêche alors la représentation. D'autres, au contraire, afin de donner une solution plus équitable acceptent la distinction entre incapacités absolues et accidentelles. L'indignité, qui fait partie des dernières, n'empêche plus alors la représentation. C'est à ce dernier parti que s'est rangé Demolombe.

Le Code civil a voulu, semble-t-il, trancher indirectement cette question par son article 730 :

Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus

de représenter. Cela peut sembler étrange si l'on considère que des motifs insuffisants pour entraîner la mort civile étaient néanmoins une cause d'incapacité. Demolombe donne de ce fait une explication subtile reproduite dans Deganiscarde (Thèse de Paris, 1902, p. 174 et s.). — La question n'a plus qu'un intérêt médiocre depuis la suppression de la mort civile par la loi du 31 mai 1854.

par la faute de leur père ; mais celui-ci ne peut en aucun cas réclamer sur les biens de cette succession l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants.

Ce n'est que d'une façon indirecte et peu nette que cet article se rapporte à notre question. Aussi a-t-il fait verser beaucoup d'encre, et encore n'est-on pas d'accord sur son sens exact. Nous allons nous efforcer d'en tirer ce qui se rapporte à la représentation. Tout d'abord, il ne peut envisager le cas où l'indigne est encore vivant et a des frères et sœurs, car dans ce cas, l'article 744 tranche la question ; on ne représente pas les personnes vivantes, et les enfants de l'indigne, restant au second degré, sont exclus par leurs oncles. Cette hypothèse rejetée, a-t-on pu penser au cas où l'indigne est prédécédé, laissant des frères et sœurs ? Ses enfants peuvent-ils alors le représenter ? Non, a-t-on répondu, car l'article 730 s'oppose à cette représentation. Nous ne pouvons admettre cette explication et il nous semble qu'on prête ici au législateur des vues qu'il n'a certainement pas eues. La discussion dont cet article a été l'objet n'autorise pas une semblable explication. D'autre part, s'il en était ainsi, que signifierait la disposition principale de l'article 730 :

Les enfants de l'indigne... ne sont pas exclus par la faute de leur père ;

Et cette autre :

L'indigne ne peut en aucun cas réclamer sur les biens de cette succession l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants ?

Cela ne suppose-t-il pas implicitement l'indigne encore vivant ?

Reste le cas où l'indigne n'a ni frère ni sœur. Ses enfants viennent alors à la succession de leur chef sans le secours de la représentation, ce qui correspond bien à l'hypothèse de l'article 730 ; mais pourquoi avoir ajouté que ces enfants ne seront pas exclus par la faute de leur père ? On a vu là une précaution prise contre certaines coutumes qui, dans l'ancien droit, excluaient toujours les enfants de l'indigne sans distinction, que celui-ci soit ou non seul de son degré par le seul fait de la faute de leur père (1).

Malgré cette explication subtile, nous ne nous rangeons pas encore à cet avis. Il faut, en effet, distinguer, selon nous, suivant que l'indigne a ou non survécu au *de cuius*. S'il était prédécédé, comment parler d'indigne et d'indignité ? Il pouvait tout au plus exister une indi-

1. Voyez pour cette exclusion : Lebrun, *Successions*, Liv. III, chap. IX, n° 10, et les arrêts de 1604 à 1665 cités par cet auteur.

Voyez aussi Pothier, chap. I, sect. II, art. 4, § 2, qui combat l'ancien droit : « Ceci me paraît souffrir quelque difficulté, les enfants ne devant pas être punis par la faute de leur auteur. »

gnité latente, mais qui n'a pas eu l'occasion de devenir officielle. L'indignité n'existe qu'à partir du moment où la succession est ouverte. Jusque-là, il n'existe que des faits, des motifs susceptibles, le cas échéant, de lui donner naissance, (1). C'est du moins l'opinion de presque tous les auteurs (2). Et si, au moment où s'ouvre la succession, celui qui serait frappé d'indignité n'existe plus, il ne peut être question d'indigne. Au surplus, la même raison que nous avons donnée précédemment s'applique encore : l'article 730, qui prive l'indigne de l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants, ne peut évidemment être entendu que du cas où cet indigne existe encore, où il a survécu au défunt. Donc l'article 730 ne peut viser que le seul cas où un fils unique a survécu à son père et est déclaré indigne de lui succéder. Alors ses enfants ne sont pas exclus par la faute de leur père ; ils viennent à la succession de leur chef et ce père indigne, si ses enfants sont mineurs, n'a aucun droit d'usufruit légal sur les biens ainsi recueillis.

Le Code civil n'attache donc aucune importance aux incapacités qui frappent le représenté, et, à la différence de la plupart des coutumes, il n'admet pas cette dernière conséquence de l'idée de représentation-fiction.

1. Voyez Planiol, 3^e édition, t. III, §§ 1747 et suiv.

2. A l'exception de Laurent, t. IX, n^{os} 12 et suiv.

Nous venons de voir, en même temps que la conception de la représentation dans le Code civil, l'étendue de cette représentation dans la ligne directe descendante. La représentation y est admise à l'infini. En ligne collatérale, elle y est admise également à l'infini pour les frères et sœurs, mais pour eux seulement :

Art. 742. — En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt, soit qu'ils viennent à la succession concurremment avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères et sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux (1).

Le Code civil a donc rejeté ici la solution de la Nouvelle et du moyen âge, qui limitent la représentation au premier degré, et la théorie d'Azon pour le cas de vacance totale de ce premier degré. La représentation des frères et sœurs est identique à celle en ligne directe tant par sa conception que par son étendue.

Enfin la représentation déjà limitée aux frères et sœurs en ligne collatérale, ne trouve plus aucune application en ligne ascendante : « La représentation, dit l'article 741, n'a pas lieu en faveur des ascendants... »

1. Voyez aussi les articles 750, 751 et 753.

Ici, la règle de la proximité du degré reprend son empire et régit à elle seule toute la matière.

Nous venons de voir, en même temps que l'étendue de la représentation dans les lignes descendante, collatérale et ascendante, les conditions nécessaires à son existence dans le Code civil. Résumons celles-ci en un tableau succinct avant de pousser plus loin cette étude.

Quelques conditions s'imposent d'elles-mêmes, qui sont généralement reçues par toutes les législations :

1^o Que le représentant soit vivant au jour de l'ouverture de la succession ou au moins conçu et qu'il soit capable de venir à cette succession, c'est-à-dire qu'il ne soit ni indigne ni renonçant (le Code civil n'admet pas l'exhérédation);

2^o Que le représentant soit le descendant du représenté.

Les autres sont des conséquences de la théorie du Code sur la représentation;

3^o Que le représenté ne soit plus vivant au jour de l'ouverture de la succession;

4^o Il n'est pas nécessaire que le représentant ait succédé au représenté (sauf l'application de l'art. 848 pour le rapport des donations).

Nous avons encore à rechercher dans quelles successions cette représentation est admise? Ce qui précède s'applique certainement aux successions régulières.

Mais s'applique-t-il aux successions irrégulières ?

Parmi les successeurs irréguliers, une seule catégorie peut être envisagée : celle des enfants naturels. Il ne peut en être question pour l'État et ce droit n'existe pas pour les enfants du conjoint survivant.

Dans l'ancien droit, les bâtards n'étaient rattachés à aucune famille : ils étaient hors la famille et la maxime : « Bâtards ne succèdent point » était d'une application constante. Plus tard, la législation révolutionnaire tomba dans l'excès contraire : elle donna aux enfants naturels reconnus les mêmes droits de succession qu'aux enfants légitimes (1); alors la représentation avait lieu de la même façon pour les uns et pour les autres. Mais les effets désastreux de ce principe fut une des causes qui perdirent cette législation. Déjà une loi du 15 thermidor an IV était venue supprimer l'effet rétroactif de la loi de nivôse. Cette loi elle-même devait bientôt tomber. Le Code civil vint ensuite qui rangea les enfants naturels parmi les successeurs irréguliers : aux termes de l'article 756 ancien : « les enfants naturels ne sont point héritiers » : on comprenait facilement avec ce texte que les enfants naturels, qui ne venaient à la succession de leurs parents que comme simples successeurs irréguliers, sans vocation héréditaire, ne

1. Les enfants adultérins eux-mêmes avaient droit au tiers de ce qu'ils auraient eu s'ils étaient nés en mariage.

pussent les représenter dans une autre succession. Mais la loi du 25 mars 1896 est venue modifier cet état de choses : elle déclare dans l'article 756 nouveau que « les enfants naturels légalement reconnus sont appelés en qualité d'héritiers à la succession de leur père ou de leur mère décédés » : on pourrait croire qu'alors ces enfants naturels, qui ont désormais à la succession de leurs parents une vocation héréditaire identique à celle des enfants légitimes vont pouvoir les représenter à d'autres successions. Il n'en est rien, car une autre raison s'y oppose : les enfants naturels n'ont en ligne ascendante que leurs père et mère pour toute famille ; ceux qui, par la nature, sont leurs grands-parents ou leurs oncles et auxquels par suite ils devraient être appelés à succéder par représentation en cas de prédécès de leurs parents, ne leur sont rien légalement. Il leur manque par suite cette vocation personnelle à la succession du défunt qui est nécessaire à tout représentant. Du reste, l'ancien article 756 le disait expressément et le nouvel article 757 ne fait que le reproduire :

La loi n'accorde aucun droit aux enfants naturels sur les biens des parents de leur père ou de leur mère.

Mais si les enfants naturels reconnus ne peuvent représenter leurs parents, il n'en est pas de même pour leurs descendants légitimes. L'article 761 nouveau, qui reproduit l'ancien article 759, spécifie nettement qu'« en

cas de prédécès des enfants naturels, leurs enfants et descendants peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédents », c'est-à-dire les droits qu'ont eux-mêmes ces enfants naturels dans les successions auxquelles il sont admis. Ceci est d'ailleurs logique, car l'enfant naturel ne jouirait pas pleinement des droits que lui accorde l'article 756, ni de la qualité d'héritier qu'elle lui confère s'il ne pouvait transmettre ces droits à ses enfants légitimes. Il y a même plus : cette vocation des enfants légitimes à venir à la succession de leurs grands-parents par représentation suppose chez eux une aptitude personnelle qui leur permet, en cas d'indignité ou de renonciation de la part de leur père ou de leur mère, de recueillir cette succession de leur chef conformément au droit commun. Quant aux enfants naturels de l'enfant naturel, ils sont dans la même situation que leur père, et par suite régis par l'article 757.

A côté des enfants naturels, il en est d'autres pour lesquels se posent les mêmes questions : ce sont les enfants adoptifs. Pour la même raison qui en empêche l'enfant naturel, l'adopté ne peut non plus représenter l'adoptant. Car l'adoption ne crée aucun lien de parenté entre lui et les parents de l'adoptant et l'article 350 le spécifie particulièrement :

L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant. . .

Pourra-t-il du moins être représenté par ses enfants légitimes dans la succession de l'adoptant, s'il vient à mourir avant lui? La doctrine se prononce pour la négative (1). Il n'y a, dit-elle, aucun texte qui crée ce droit, et l'article 350 ne parle que du droit de successibilité de l'adopté lui-même. Il eût fallu que la loi étende aux descendants de l'adopté le lien de parenté civile que crée l'adoption. Certes, nous ne pouvons nier la force de ce raisonnement, mais il nous semble pourtant que la solution contraire, admise par la jurisprudence depuis un arrêt du 2 décembre 1822 (2) et confirmée depuis par nombre d'autres arrêts (3), est plus conforme à l'esprit du Code. Nous ne donnerons pas ici tous les arguments de texte invoqués à l'appui de cette solution et réfutés par la doctrine (4). Nous remarquerons seulement que le but de l'adoption est de créer une famille à l'adoptant, et de le mettre dans cette famille sur le même pied qu'un enfant légitime. Si la loi a omis ou si elle n'a pas jugé nécessaire de dire que les enfants de l'adoptant bénéficient du lien de parenté civile né de l'adoption, elle a du moins donné à l'adopté « sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux

1. Voir Aubry et Rau, t. IV, § 560.

2. Cf. S. 23. 1. 74.

3. Citons seulement le plus récent : Agen, 1^{er} juin 1885. S. 86. 2. 63.

4. Voir ces solutions et leur réfutation dans Aubry et Rau, § 560 n. 6, 4^e édition, t. IV, p. 135.

qu'y aurait l'enfant né en mariage, même quand il y aurait d'autres enfants de cette dernière qualité nés depuis l'adoption » (art. 350). C'est bien au point de vue successoral l'assimilation complète de l'adopté avec un enfant légitime. Or comment concevoir un enfant légitime ou assimilé à celui-ci, qui ne pourrait transmettre ses droits successoraux à ses propres enfants légitimes ? En tout cas, même si la jurisprudence n'a pas adopté ici une solution pleinement justifiée, du moins, elle ne nous semble pas s'être écartée de l'esprit de la loi ; elle a adopté une solution désirable par ses conséquences pratiques et elle a évité un système — celui de la doctrine — qui, pour paraître plus strictement juridique, n'en aurait pas moins donné des résultats déplorables dans ses applications.

Citons encore pour mémoire une solution originale proposée par Merlin (1). D'après lui, il faudrait distinguer suivant que les enfants de l'adopté sont nés avant ou seulement depuis l'adoption. Ces derniers seuls pourraient succéder par représentation.

Enfin nous pourrions encore nous demander si le Code civil a admis la représentation dans un cas spécial, au profit des enfants d'une personne en état d'absence. Il s'est trouvé un auteur pour la rejeter et soutenir que l'absent ne pouvait ni succéder, parce que sa

1. Voyez Merlin, *Question de Droit*, Adoption, n° 7.

vie n'était pas chose certaine, ni être représenté, parce que sa mort ne l'était pas non plus (1). Nous nous arrêterons peu à cette plaisante théorie. En effet, ou bien l'absent vit encore et il succède; ou bien il est mort et ses-enfants le représentent. Quelle que soit l'hypothèse quel'on envisage, on ne peut dénier tout droit à la fois à l'absent et à ses enfants, sous prétexte que ni l'une ni l'autre hypothèse ne sont certaines.

1. Plasmann, *Code et Traité des Absents*, t. I, p. 333 et suiv.

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT ALLEMAND

L'historique de la représentation en Allemagne présente, à ses débuts, une analogie assez étroite avec celle de l'ancien droit français. Très anciennement, on peut retrouver dans la *Lex Saxonum* (1) la même institution que nous avons rencontrée dans les législations des Burgondes, des Wisigoths et des Lombards : représentation en ligne directe descendante, au moins au profit des petits-fils, semblable à celle du très ancien droit romain. Mais les Germains, soustraits par leur éloignement plus que les Gaulois à l'influence romaine restèrent plus longtemps rebelles à ses institutions et hostiles à la représentation. Vers le x^e siècle encore, la représentation n'était pas entrée dans les mœurs ; et si nous en croyons le moine Witikind (2), un duel aurait eu lieu entre 938 et 943 sur l'ordre de l'empereur Othon pour trancher la question discutée de l'existence

1. *Lex Saxonum*, § 45.

2. Witikind, *Histoire de Saxe*.

de la représentation au profit des petits-enfants. Le champion de la représentation sortit vainqueur, mais il est facile de penser qu'une institution si discutée, et sans doute contraire aux mœurs de l'époque ne pouvait pas être bien durable avec un duel pour tout fondement. Aussi croyons-nous qu'elle resta lettre morte longtemps encore. Ce qui nous confirme dans cette opinion, c'est que beaucoup plus tard, en 1621, Charles-Quint fut obligé de publier un édit spécial pour consacrer la représentation qui venait d'être admise par les Reichstags de Fribourg en 1498, d'Augsbourg en 1500 et de Worms en 1521 (1). Ce n'est guère en effet que vers les *xiv^e* et *xv^e* siècles que le droit romain commença à faire sentir son influence en Allemagne. Il s'y introduisit un système de succession qui provenait du droit romain. Aussi, jusqu'à la rédaction du B. G. B. (2), plusieurs pays allemands avaient un droit de succession analogue au nôtre. Le principe fondamental était comme en France la proximité du degré dominée par la division des héritiers en ordres ou catégories hiérarchiques basées sur la nature du lien de parenté. Dans deux de ces ordres, descendants et collatéraux privilégiés, la représentation avait été introduite et avec elle la théorie médiévale dont elle avait été l'objet en France.

Das Erbvertretungsrecht, dit Glück, gründet sich auf

1. Cf. Stobbe, *Handbuch des Deutschen Privatrechts*, p. 94.

2. *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou Nouveau Code civil allemand de 1900.

eine Fiktion, als ob der entferntere Verwandte nun eben so nahe mit dem Erbverlasser verwandt sei als der nähere Verwandte, durch den er sonst ausgeschlossen werden würde.

Cette théorie de la fiction une fois admise n'allait-elle pas entraîner avec elle toutes les conséquences et les solutions regrettables que nous avons vues en droit français ?

Elle en entraîna en effet : au début, presque toute la doctrine admit le principe qui régnait en maître sur le droit français : *Vivi nulla repræsentatio*. Certains auteurs admirent aussi que pour pouvoir bénéficier de la représentation, le représenté devait avoir hérité du représentant.

Pourtant, une grande différence existait entre les deux pays : dans la plupart des coutumes françaises, cette théorie de la représentation-fiction ainsi que ses conséquences, étaient imposées par un texte ; aujourd'hui encore, les articles 744 et 787 du Code civil régissent cette matière et imposent ces solutions. Or la jurisprudence ne peut rien contre un texte impératif, fût-il manifestement contraire à l'équité ou aux intérêts sociaux et économiques du pays. En Allemagne, au contraire, pas de texte : La doctrine seulement, de l'étude des textes latins et des solutions françaises avait déduit ces conséquences. Elle aussi, entraînée sans doute par nos commentateurs, s'était trompée sur le

sens des expressions latines : « in proprii parentis locum succedere », « in suorum parentum jura », « jure prædefuncti parentis », etc., y avait vu l'expression d'un principe, d'une théorie et y avait rattaché les conséquences juridiques que l'on sait. Mais l'erreur de la doctrine n'a pas la même portée que celle du législateur. Une opinion doctrinale peut changer, et c'est ce qui arriva : la plupart des romanistes récents comprirent enfin que la Nouvelle 118 n'avait donné que des solutions pratiques, sans émettre aucune règle de principe ; ils comprirent que la représentation devait avoir pour but de faire parvenir la succession à une branche prise collectivement, bien plutôt qu'aux individus dont elle se compose ; et dès lors la succession collective remplaça la représentation-fiction. Peu importe désormais que le chef de la souche à laquelle est dévolue la succession soit indigne, ou renonçant, ou prédécédé ; il suffit qu'il ait des enfants qui viennent à la succession (1). Tout ceci se rapporte à la ligne descendante. Mais il est un cas pourtant où les Allemands étaient tenus aussi par un texte : nous avons vu que lorsque tous les frères et sœurs du défunt étaient prédécédés, la représentation n'était plus nécessaire : aussi ce cas avait-il donné lieu à une ardente controverse entre Azon et Accurse. En Allemagne, le différend avait été

1. Voy. Windscheid, *Pandekten*, t. IV, § 172, n. 4.

tranché par une loi, une décision de la Diète impériale de Spire dans le sens de la théorie d'Azon, du partage par têtes. Mais les pandectistes allemands rejetèrent quand même cette solution, bien qu'elle fût consacrée par un texte, et admirèrent ici, comme en ligne directe descendante, la succession collective.

Cette conception de la représentation préparait déjà un système qu'allait inaugurer le B. G. B. ; cette succession collective en ligne descendante formait la première parentèle du futur système allemand.

ANCIEN DROIT SUISSE

Le droit suisse présente une certaine variété par suite du nombre assez grand de Codes différents qui régissent les divers cantons. Pourtant on peut dire que là aussi le droit romain et la conception française de la représentation eurent une assez grande influence : nous retrouvons dans une grande partie des Codes suisses certaines conséquences de la théorie française. Ainsi en cas de répudiation de la succession, les Codes zuricois (1) et grison (2) n'admettent pas les descendants du répudiant à le représenter. Dans d'autres cas, on avait entrevu et évité comme en Allemagne certaines des conséquences exagérées de la représentation-fiction. Ainsi le Code zuricois (3) permet aux enfants de l'indigne et de l'exhérédé de venir à la représentation de leur père. Comme en Allemagne aussi, on avait admis que les descendants de frères et sœurs de même éloi-

1. C. civ. zuricois, § 936.

2. C. civ. grison, § 477.

3. C. civ. zuricois, § 921.

gnement devaient partager par têtes : c'était consacrer la théorie d'Azon. Le droit allemand se débarrassa de cette solution. Certains droits suisses au contraire allèrent jusqu'à l'appliquer en ligne directe descendante. C'est encore la solution des droits d'Olwalden, Nidwalden et Berne.

Les droits suisses ont donc commencé par appliquer la théorie française de la représentation-fiction et en ont conservé encore certaines conséquences. Pourtant, sur quelques points, ils ont suivi l'exemple de l'Allemagne et certains ont délaissé la représentation-fiction pour suivre la solution allemande, notamment en ce qui concerne l'indignité et l'exhérédation.

A la veille de la rédaction d'un Code national, le problème se posa donc de choisir entre la théorie française et la simple succession par souches romaine. Le B. G. B. allemand venait d'opter pour cette dernière. C'est aussi cette solution qu'allait suivre M. Huber, l'éminent rédacteur du nouveau Code civil suisse.

B. G. B. ET CODE SUISSE DE 1907

La dévolution des biens dans le B. G. B. ou Code civil allemand de 1900 et le Code civil suisse de 1907 repose sur des principes entièrement différents de ceux qui forment le fondement du droit romain et des législations inspirées de ce droit en matière successorale. Au lieu de trouver ici au premier plan le principe de la proximité du degré tempéré par la représentation, nous sommes en face d'une construction hardie, qui semble calquée de beaucoup plus près sur cet organisme vivant qu'est la famille : *das Gut ringt in das Blut*, dit un vieux proverbe allemand ; c'est ce dicton que le législateur semble avoir voulu faire revivre, lorsqu'il a appelé à la succession non les individus, mais les séries généalogiques successives qui composent le système dit des « parentèles ».

Ce système, consacré aujourd'hui par les deux Codes récents que nous étudions, repose sur trois principes dont les deux premiers en forment pour ainsi dire la charpente. Le premier, c'est l'existence de lignées de successeurs ou « parentèles », qui se superposent les

unes aux autres : la première de ces parentèles se compose du défunt lui-même et de tous ses descendants ; la deuxième, de ses père et mère et de leurs descendants ; la troisième, de ses quatre grands-parents et de leurs descendants ; et ainsi de suite en remontant chaque fois d'un degré en ligne ascendante, sans limitation de degré. Le second principe consiste dans la hiérarchisation de ces lignées successives, il sert de lien entre elles et détermine l'ordre dans lequel elles seront appelées à succéder ; la première parentèle est appelée d'abord, à l'exclusion de toutes autres ; la deuxième ne l'est qu'à défaut de tout représentant de la première ; la troisième, à défaut de tout représentant des deux premières, et ainsi de suite. On voit déjà comment ces deux principes combinés forment un système logique, harmonieux, d'une allure juridique tout autre que le système de la seule proximité du degré.

Mais il reste une dévolution secondaire à fixer : une fois la succession attribuée à une parentèle déterminée, dans quel ordre appellera-t-on à la succession les divers membres de cette parentèle ? Deux principes opposés s'offraient au législateur pour résoudre cette question, la proximité du degré et la représentation.

Bien que le système qui résulte de la proximité du degré soit en dehors de notre étude, nous en dirons quelques mots pour faciliter plus loin l'exposition du système opposé. D'après ce système, strictement appli-

qué, le successible le plus proche en degré est, dans chaque parentèle, appelé à la succession, à l'exclusion de tous les autres. Si plusieurs sont au même degré, ils partagent également. C'est ce qu'on a appelé le système linéal graduel. On voit de suite l'iniquité criarde à laquelle il aboutit par l'exclusion totale de la représentation dans les première et deuxième parentèles, celle des descendants en ligne directe du défunt et celle de ses père et mère, frères et sœurs et leurs descendants. Ainsi les petits-fils du défunt dont le père est prédécédé sont exclus par leurs oncles plus proches qu'eux en degré. De même, le frère consanguin, et à plus forte raison ceux germains ou utérins sont exclus par la mère survivante ; si celle-ci est prédécédée, les neveux du défunt, dont le père est prédécédé, sont exclus par leur oncle survivant. Cesont là des résultats bien faits pour nous choquer et nous faire repousser ce système. Aussi les Codes qui l'ont pratiqué, notamment le Code saxon en Allemagne, ceux de Zurich et des deux Appenzell en Suisse ont-ils repoussé ces solutions dans les deux premières parentèles pour admettre, plus ou moins largement la représentation. Au contraire, dans les parentèles plus éloignées, ce système donne des résultats excellents, voisins d'ailleurs de ceux en vigueur dans le Code civil français.

Il résulte de ce bref exposé que les Codes qui ont admis ce système linéal graduel se sont vus obligés de

Le tempérer dans les premières parentèles par la représentation, c'est-à-dire en remplaçant le système linéal graduel par le système opposé que nous allons exposer, le système linéal pur. Nous verrons, par contre, que le B. G. B. qui admet le système linéal pur sera obligé, en sens inverse, de le tempérer dans les parentèles éloignées par l'application de la proximité du degré, à la place de la représentation, c'est-à-dire de revenir au système linéal graduel.

Le système qui résulte de la représentation, appelé système linéal pur, admet la représentation à l'infini à l'intérieur de chaque parentèle, mais à l'intérieur de la parentèle seulement. C'est ce système que le B. G. B. et le Code civil suisse ont cherché à appliquer le plus strictement possible. La succession est dévolue aux ascendants têtes de la parentèle, ou, à leur défaut, à leurs descendants qui succèdent par souche. Cette représentation à l'infini doit, comme dans la loi de nivôse, entraîner avec elle le principe de la fente dans l'intérieur de la parentèle.

Ce système linéal s'éloigne peu du système pur de la représentation. Ce dernier se distingue par ce fait que la proximité du degré n'y joue aucun rôle; partout, même en ligne ascendante, la représentation se suffit à elle-même. Ainsi dans ce système, un ascendant quelconque est d'abord représenté par tous ses descendants; puis, à défaut de ceux-ci, il est représenté par ses

propres père et mère, ascendants plus éloignés du défunt, ou par leurs descendants. Dans le système linéal, la représentation est admise au profit des descendants et des collatéraux, non des ascendants. On y pratique donc partout la représentation en ligne descendante ; en ligne ascendante seulement elle est interdite.

Ce système, avant d'entrer dans le Code qui devait régir l'empire allemand, a été l'objet de nombreuses controverses, notamment en ce qui concerne ses origines. Les Allemands, fiers de leur législation, eussent été très heureux de trouver une origine nationale à chacune de leurs théories. Aussi plusieurs jurisconsultes se sont efforcés de démontrer que le système des parentèles est d'origine purement germanique (1). Pourtant, l'accord est loin d'être complet parmi les historiens du droit allemand (2), et les *Motifs du premier projet* disaient eux-mêmes (3) :

Der Entwurf beruh tin Ansehung des Verwandtenerbfolge auf dem Parentelensystem. Dies kann auffallen, da das Parentelensystem für den grössten Theil des deutschen Rechtsgebietes eine Neuerung ist (es gilt nur in einigen kleinen Gebieten Bayerns und einem Theile von Schleswig-Holstein) und keineswegs zu verkennen ist, dass das System nicht in jeder Hinsicht einwandsfrei ist.

1. Notamment Bluntschli, Brunner, Heusler, Gierke et Schröder.

2. En sens contraire : Stobbe, von Amira, Siegel et Wasserschleben.

3. *Motifs du premier projet*, t. I, p. 353.

Remarquons qu'ici, les *Motifs du premier projet*, plus sages que la plupart des auteurs, ne tiennent compte que de la seule variété linéale, la plus simple et la plus conséquente, et sont obligés d'avouer que ce régime n'était en vigueur que dans une faible partie de l'Allemagne.

Sauf erreur, d'ailleurs, dit un éminent professeur de Lausanne (1), personne n'a sérieusement prétendu que l'antique régime du droit germanique aurait été la variété linéale. Il en résulte que même si l'origine allemande de la théorie parentélaire était démontrée ou fort probable, cette conclusion ne vaudrait que pour le système linéal graduel. Or, comme il est infiniment moins original et conséquent que l'autre, le résultat serait relativement de peu d'importance au point de vue de l'amour-propre national et de la législation à venir.

Au reste, d'autres auteurs allemands ont cru retrouver dans nos coutumes françaises des traces très visibles de ce système linéal (2). Certaines de nos coutumes en effet admettaient la représentation à l'infini, même en ligne collatérale, système identique quant aux résultats à celui des parentèles, car il fait que chaque ascendant est représenté par toute sa lignée, et que chaque branche plus proche du défunt par sa tête de ligne

1. Ernest Roguin, *Droit civil comparé. Les Successions*, t. I, p. 327 et suiv.

2. Kohler, *Revue de Grünhüt.* Vienne, 1901, p. 341 et suiv.

passé avant la suivante. Déjà nous avons vu un système analogue dans la loi de nivôse ; bien avant elle encore, la représentation à l'infini en ligne collatérale se retrouve dans la Coutume du Maine (1). Pothier en fait un exposé qui n'est autre chose que la description même du système allemand. On a conclu de là que le système des parentèles n'était qu'un système de généralisation à l'infini en ligne collatérale et que, par suite, il venait du droit romain par l'intermédiaire des coutumes françaises et de la loi de nivôse.

Cette conclusion, logique pourtant, que donnerait au système des parentèles une origine romaine aussi bien qu'allemande peut sembler paradoxale. Mais elle montre du moins combien frêle est le fondement invoqué par les historiens du droit allemand qui veulent à tout prix trouver au système des parentèles une origine purement germanique. Répondons-leur seulement qu'il est possible que ce système existât dans leurs anciennes coutumes ; mais comme il existait aussi dans beaucoup d'autres coutumes étrangères, dans la Coutume du Maine par exemple et dans toutes celles qui admirent la représentation à l'infini en ligne collatérale, qu'il était contenu dans la loi de nivôse, et qu'il n'est au reste qu'une généralisation de la représentation en collatérale, il n'y a pas pour eux de quoi s'enorgueillir de l'avoir découvert

1. Pothier. *Traité des Successions*, chap. II, sec. III ; art. I, § 2.

et remis en vigueur un siècle après la loi de nivôse.

Examinons maintenant la conception que ces deux législations se sont faites de l'idée de représentation, et son application aux parentèles successives. Nous verrons ensuite pour quelles raisons pratiques ces deux Codes se sont vu contraints, à partir d'une certaine parentèle, d'abandonner la représentation et de la remplacer par un autre mode de dévolution.

L'ancien droit allemand, après avoir admis la fiction française, s'était peu à peu débarrassé de toutes les conséquences importantes. Le B. G. B. et le Code civil suisse devaient continuer dans cette voie. Un des professeurs les plus distingués de l'Université de Berlin, Kohler, avait fait en même temps l'étude et le procès de la théorie de la représentation-fiction. Après avoir traité de méprise cette conception de l'esprit, il regrette que les interprètes allemands aient trop peu insisté sur les imperfections de cette notion :

Entsprechend, dit-il, hat denn auch die deutsche Wissenschaft den Fictionsbegriff des Repräsentationsrechts zu Grabe getragen — die deutsche Wissenschaft — denn in der französischen Doctrin und Jurisprudenz wuchert der Afterbegriff noch in voller Maienblüthe und auch die deutschen Interpreten haben viel zu wenig auf die Mangelhaftigkeit dieses Begriffes hingewiesen (1).

1. Kohler, *Zwei Studien über das sogenannte Repräsentationsrecht*. Début.

Et, après avoir ainsi constaté que le droit allemand a enterré cette fiction qui fleurit encore en France dans son plein épanouissement, il nous donne le système qu lui semble le meilleur : c'est une représentation pure et simple, débarrassée de toute fiction, telle que nous l'avons trouvée dans celle appelée en droit français : représentation à l'effet de partager. C'est, en d'autres termes, la succession par souche :

Das richtige System, das man mit dem Begriffe des Repräsentationsrecht nur verdunkelt, ist das System der Stammeinheit, das principiell in der Erbfolge gelten soll als Abbild der Idee, welche die Familie, welche die Organismen überhaupt beherrscht.

Et c'est précisément cette sorte de représentation, cette succession par souches que nous allons trouver dans les deux Codes allemand et suisse :

La première parentèle ou le premier ordre (*Ordnung*) pour employer la terminologie du B. G. B., se compose des descendants du défunt à l'infini : « Sont héritiers légaux du premier ordre les descendants du défunt », dit le paragraphe 1924, alinéa 1, et plus loin, alinéa 3, il ajoute :

Lorsqu'un descendant est prédécédé, au moment de l'ouverture de la succession, les descendants apparentés par lui au défunt viennent à sa place.

C'est l'application de la représentation au cas de pré-

décès d'un des descendants. Mais ce paragraphe ne prévoit que le prédécédé : ceci semblerait consacrer la théorie classique de la représentation-fiction ; et l'alinéa 2 du même paragraphe serait un argument plus solide encore en faveur de cette thèse :

Un descendant *encore vivant* au moment de l'ouverture de la succession exclut les autres descendants qui sont apparentés par lui au défunt.

Que signifie cette disposition ? Simplement ceci : L'existence d'un descendant venant à la succession empêche qu'un autre descendant plus éloigné vienne le représenter à cette même succession (1). Ceci est si naturel qu'il serait préférable que le B. G. B. l'eût, comme le Code civil suisse, passé sous silence. Mais il y a là une expression malencontreuse qui prête à équivoque : « Un descendant encore vivant... » dit le paragraphe 1924, ce qui permet de déduire très logiquement que le renonçant, l'indigne, l'exhérédé, qui sont encore vivants au jour de l'ouverture de la succession, excluent leurs descendants. Ce sont là fort exactement les mêmes consé-

1. Toutefois le descendant plus proche ne l'exclut pas complètement pour le cas où ce descendant plus éloigné serait parent du défunt de deux côtés à la fois. Ceci se produit au cas où ce petit-fils du défunt aurait épousé sa cousine germaine, petite-fille du défunt. Leur enfant, arrière-petit-fils du défunt, pourra succéder à la place de celui de ses deux parents qui sera prédécédé sans être exclu complètement par l'autre.

quences que nous avons tirées de la théorie de la représentation-fiction.

Bien que le Code civil suisse ne donne pas d'article analogue sur cette question, il emploie ailleurs une expression tout aussi mauvaise qui autorise les mêmes déductions. Le texte allemand de l'article 457 dit, en effet, dans son alinéa 3 : « A la place des descendants *prédécedés* viennent leurs propres descendants, lesquels succèdent par souches. » Ici déjà le mot *prédécedé* prête à équivoque ; mais la traduction française officielle de ce même passage est encore plus défectueuse :

Les enfants *prédécedés*, dit ce texte, sont *représentés* par leurs descendants qui succèdent par souches à tous les degrés.

Le mot de « représenté » que le texte allemand s'était ingénié à éviter fait ici son apparition à côté du mot *prédécedé* et fait inévitablement penser à la représentation fiction du moyen âge.

C'est en s'appuyant sur tous ces défauts de rédaction qu'un auteur allemand, Heymann(1), a voulu prouver que le droit allemand avait fait revivre la vieille théorie des glossateurs. Mais il a trouvé contre lui la plupart des auteurs (2) et d'autres textes indiscutables.

Le paragraphe 1924 du B. G. B. lui-même emploie

1. Heymann, *Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts nach dem B. G. B.* Iéna, 1896.

2. Voy. Strohal, *Erbrecht*, § 9, n. 6 et 7, et Planck, *Commentaire sur le paragraphe 1922*.

en effet, pour désigner cette représentation, l'expression *Erbfolge nach Stämmen* ou succession par souche ; c'est la traduction littérale de la *successio in stirpes* de la Nouvelle 118. Déjà les *Motifs du premier projet* avaient décidé d'une façon expresse qu'on n'entendait donner aux descendants venant à la place de leur père aucun droit de représentation proprement dit ; que ces derniers venaient à la succession en vertu d'une vocation personnelle qu'ils tenaient de la loi seule (1). Enfin et surtout c'est par les conséquences pratiques que nous allons juger de la conception allemande de la représentation et nous verrons que dans tous les cas où les glossateurs français appliquaient les conséquences de la fiction, le Code civil allemand a tranché la question par un texte et cela dans le sens contraire des solutions qu'eût imposées la représentation-fiction.

Examinons successivement les divers cas où le droit français appliquait l'adage : *Vivi nulla repræsentatio*.

L'indignité existe dans les Codes allemand et suisse. En cas d'indignité, « la succession est dévolue, dit le paragraphe 1924 du B. G. B., à celui qui aurait été appelé si l'indigne n'avait pas survécu au moment de l'ouverture de la succession ». L'article 541 du Code suisse qui traite la même question nous dit : « L'indignité est personnelle. — Les descendants de l'indigne succèdent

1. Voy. . *Motifs du premier projet*, t. V, p. 105.

comme si leur auteur était prédécédé. » C'est l'assimilation de l'indigne au prédécédé ; ou mieux encore c'est le partage par souche ; l'indigne ne peut pas succéder ; ses enfants viendront représenter la souche dont ce père est la tête et prendre la part attribuée à cette souche.

Il en est de même pour la renonciation. En cas de répudiation de la succession, dit le paragraphe 1953 du B. G. B., « la succession est dévolue à celui qui y eût été appelé si l'héritier renonçant n'avait pas existé à l'époque de l'ouverture de la succession » et l'article 572 du Code civil suisse veut aussi « que la part du renonçant soit dévolue comme s'il n'avait pas survécu ». Ici encore, même solution ; le principe français qu'on ne représente pas les personnes vivantes y est inconnu. Pourtant, il y a dans le droit allemand un cas particulier de renonciation qui pourrait faire douter de la généralisation de cette solution. La renonciation contractuelle à la succession est permise par cette législation : elle produit ordinairement les mêmes effets que la renonciation ordinaire et n'empêche pas le partage par souche, la représentation du renonçant ; il en est ainsi lorsqu'un père renonce à la succession de son fils : ses enfants, frères et sœurs du défunt succèdent à sa place. Mais aux termes du paragraphe 2349, il en est autrement lorsque ce renonçant est un descendant du défunt. On suppose alors que cette renonciation contractuelle est connexe à une succession anticipée et on la rend opposable

aux enfants du renonçant. Ainsi une fille en se mariant renonce à la succession de son père ; on suppose qu'elle a reçu en dot à titre d'avancement d'hoirie sa part dans la succession, et ses enfants ne pourront plus tard la représenter dans la succession de leur grand-père. On voit par ce bref exposé qu'il n'y a pas ici retour au principe *vivi nulla repræsentatio*, mais seulement une légère exception au principe du partage par souche, motivée par des raisons pratiques. Ce simple fait ne pourrait donc servir d'argument en faveur de la représentation-fiction.

A cette étude de la renonciation, ajoutons une remarque qui facilitera le rapprochement des deux législations française et allemande. Nous avons étudié, à propos du Code français, trois cas de renonciation. Reprenons ces trois cas en donnant les solutions des Codes allemand et suisse.

Première hypothèse. — C'est le cas normal : un seul des enfants survivants du défunt renonce à la succession. En droit français, les enfants de ce renonçant sont exclus et leurs oncles recueillent seuls toute la succession. En droit allemand, tout se passe comme si le renonçant était prédécédé : ses enfants le représentent ; ils succèdent par souche au défunt et ne se trouvent point privés ainsi de la succession de leur grand-père.

Deuxième hypothèse. — Tous les enfants du premier

degré du défunt renoncent à la succession. Le droit français qui n'admet pas la représentation des personnes vivantes appelle à la succession le degré suivant (art. 787). Ces petits-enfants du défunt, qui sont au deuxième degré, viennent donc de leur chef et partagent par tête. En droit allemand et suisse, ces petits-enfants partagent par souche, et l'affection présumée du défunt, égale pour toutes les souches issues de lui, est ainsi respectée.

Troisième hypothèse. — Un seul des enfants au premier degré du défunt est vivant et renonce à la succession. Les autres sont prédécédés. Ce cas avait été l'objet de vives discussions pendant la rédaction du Code français. Finalement, la solution logique, étant donnés les principes posés, l'emporta. Les enfants des fils prédécédés représentent leur père de plein droit, et se trouvent ainsi au premier degré; les enfants du renonçant restent au second degré et se trouvent ainsi exclus par leurs cousins germains. L'iniquité est flagrante, mais elle est imposée par la logique des principes. Dans le droit germanique, au contraire, rien ne s'oppose à la représentation du renonçant; tous les petits-enfants sans distinction viennent à la succession, et tous partagent par souche, conformément à l'équité.

Telle est la comparaison de ces deux législations différentes dans ces trois hypothèses. Elle n'est dans aucun cas à l'avantage du droit français. Au surplus,

nous l'avons placée à la suite de la renonciation pour suivre le même plan qu'en droit français, mais elle s'applique de la même façon aux cas correspondants d'indignité.

Il reste deux hypothèses que le droit français ne connaît pas : l'exclusion et l'exhérédation. L'exclusion est le droit d'exclure par testament un de ses héritiers sans être obligé d'instituer un autre héritier ou un légataire. C'est ce que dit le paragraphe 1938 :

Le défunt peut, par testament, exclure un parent ou son conjoint de l'ordre de la succession légale, sans instituer un autre héritier.

L'exhérédation diffère, elle, de l'exclusion en ce qu'elle vise les héritiers à réserve : le testateur ne peut les priver de son plein gré que de ce qui dépasse la réserve ; mais il peut aussi les priver de la réserve même et les exclure totalement de la succession pour certaines causes légales limitativement prévues par le paragraphe 2333.

Dans ces cas d'exclusion et d'exhérédation, la représentation va-t-elle fonctionner et les descendants de l'exclu ou de l'exhéredé viendront-ils à la succession ou bien celle-ci sera-t-elle dévolue aux cohéritiers de l'exclu ou de l'exhéredé ? Le paragraphe 1938, que nous venons de citer, ne nous donne pour l'exclusion aucune indication à ce sujet. Le paragraphe 2333 ne serait pas plus intéressant à reproduire pour nous, car il se borne à

énumérer les causes légales d'exhérédation. Il nous faut donc chercher ailleurs la solution de la question.

La plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui à reconnaître que le Code allemand a donné implicitement une solution favorable à la représentation en ce qui concerne l'héritier à réserve exhéredé (1). Le paragraphe 2309 qui concerne la réserve dit en effet :

Les descendants plus éloignés et les parents de celui qui dispose de sa succession ne sont pas réservataires lorsqu'un descendant qui les exclurait en cas de succession légale peut exiger la réserve ou accepte ce qui lui a été laissé.

Ce texte régit la dévolution successive du droit à la réserve. Il prévoit deux cas où un descendant plus proche exclut de la réserve les descendants plus éloignés « qu'il aurait exclus en cas de succession légale », c'est-à-dire les descendants plus éloignés de la même branche, et « les parents de celui qui dispose » [ce dernier membre de phrase concerne les parents, père et mère, qui dans le droit allemand forment une seconde catégorie de réservataires qui vient après tous les descendants]. Ces descendants plus éloignés de la même branche, petit-fils par exemple, seront exclus du droit

1. En ce sens : Frommhold, *Ueber das gestzliche Erbrecht der Abkœmmlinge der Enterbten nach dem deutschen B. G. B.* (Archiv. für bürgerliches Recht, XII, p. 309, 315 et suiv.).

En sens contraire : Heymann, *Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenrechts nach dem B. G. B.* Léna, 1896, p. 54.

à la réserve par leur père, descendant plus proche : 1° lorsque ce descendant plus proche peut demander sa réserve ; 2° lorsqu'il accepte ce qui lui a été laissé par le défunt. Dans le premier cas, si le descendant plus proche demande sa réserve, ses propres descendants en sont exclus. Mais, *a contrario*, s'il ne la demande pas, s'il la refuse ou s'il l'a perdue par une cause quelconque, ses descendants ne sont pas exclus et deviennent réservataires eux-mêmes. Donc un héritier réservataire qui a perdu son droit à la réserve et notamment un réservataire exhéredé qui se trouve dans ces mêmes conditions cesse d'exclure ses propres descendants ; ceux-ci peuvent venir représenter dans la succession la souche dont ils sont issus et c'est ce qui nous permet de dire que l'exhérédation n'est pas un obstacle à la représentation et à la succession par souche.

Quant à l'exclusion, dans tous les cas où elle s'applique à des héritiers à réserve et se fonde sur une des causes légales, il est évident que la solution sera la même. Supposons donc qu'elle s'applique à un non-réservataire, un frère du défunt par exemple (1). La part de ce frère

1. On sait qu'en effet le droit allemand ne détermine pas les réservataires d'après les lignées ou parentèles qui servent à la dévolution de la succession, mais par ordres (au sens français) ou catégories de réservataires. Une première catégorie de réservataires comprend tous les descendants ; à défaut de tout descendant, une réserve existe au profit d'une seconde catégorie qui comprend seulement les père et mère du défunt ; les frères et sœurs ne sont pas héritiers à réserve.

exclu ira t-elle aux autres frères et sœurs ses cohéritiers, ou bien les enfants de ce frère exclu viendront-ils par représentation prendre la part attribuée à leur souche ? Des solutions contraires ont été données (1). Mais il nous semble logique d'admettre ici encore la représentation au profit des enfants de l'héritier exclu. Car si l'exhérédation, peine très grave, réglementée par la loi et limitée par elle à quelques cas bien déterminés, doit rester personnelle, à plus forte raison, à notre avis, la simple exclusion d'héritiers non réservataires doit, elle aussi, rester personnelle. Le partage par souche, admis en cas d'exhérédation, sera donc, de ce fait, applicable en cas d'exclusion (2).

Le Code civil suisse admet aussi la même solution, mais il la donne d'une façon beaucoup plus explicite. Après avoir énuméré dans l'article 477 les cas d'exhérédation, il stipule à l'article suivant (art. 478, alinéa 2) :

Sa part [de l'exhéréhé] est dévolue, lorsque le défunt n'en a pas autrement disposé aux héritiers légaux de ce dernier comme si l'exhéréhé ne lui avait pas survécu, c'est-à-dire aux descendants de l'exhéréhé qui succèdent par souche à la représentation de celui-ci.

Si l'on en juge par ces applications il n'est pas douteux que les Codes allemand et suisse ont abandonné

1. Voyez Frommhold et Heymann déjà cités.

2. Voyez Planck, *Note sur le paragraphe 1930*, et Strohal, *Erbrecht*, §§ 6, 7 et 9.

complètement le principe et les conséquences de la représentation-fiction pour s'en tenir à la représentation romaine, à la *successio in stirpes*, de beaucoup plus logique, plus sobre d'expédients, plus simple dans sa conception, plus pratique dans ses résultats. Telle est la conception de la représentation en droit germanique et son étendue d'application dans la première parentèle.

« Les héritiers de la deuxième parentèle (*Ordnung*), dit le paragraphe 1925 du B. G. B., sont les père et mère et leurs descendants ». Il en est de même dans le Code civil suisse (art. 458). Les père et mère vivants excluent donc de la succession les frères et sœurs du défunt et tous leurs descendants. Mais si l'un d'eux, la mère, par exemple, se trouve prédécédée au moment de l'ouverture de la succession, le père restant vivant, celui-ci prendra-t-il toute la succession ou seulement moitié, la part de la mère étant dans ce dernier cas dévolue à ses descendants ?

La solution dépend de la conception de la parentèle. Admettra-t-on que les père et mère groupés en un foyer forment une seule tête de ligne ? Alors il suffit qu'un seul soit vivant pour prendre la totalité de la succession. C'était là la conception de l'ancien droit allemand et elle aurait entraîné l'exclusion totale des frères et sœurs par un seul des deux parents survivants (1).

1. C'est à cette conception que se rattache le *Schossfalsrecht*, droit de retour au giron familial qui voulait que les biens fissent retour à ceux

Heureusement cette théorie ne fut pas adoptée. Les père mère sont considérés comme formant une parentèle double et sont têtes de lignes de deux souches distinctes. D'ailleurs, la représentation qui aboutit au partage par souche à l'intérieur de chaque parentèle devait, semble-t-il, entraîner cette fente dans l'intérieur de la parentèle, c'est-à-dire entre la ligne du père et celle de la mère, comme la représentation de la loi de nivôse avait entraîné une fente analogue entre les deux lignes ; la fente est en effet une suite logique du système linéal pur (qui descend en ligne droite). Sans elle, au cas où les père et mère avaient des enfants de plusieurs lits, il eût fallu ou bien exclure totalement de la succession les enfants d'un premier lit, ou bien les assimiler complètement aux enfants communs, solutions toutes deux contraires à l'équité et aux intentions du législateur.

Il existe donc en droit allemand une fente interne qui complète la représentation et qui, à l'intérieur de chaque parentèle, produit les mêmes effets que la fente en général. Dans la deuxième parentèle, les père et mère forment deux têtes de lignes distinctes qui, en cas de prédécès, sont, indépendamment l'une de l'autre, représentées par leurs descendants. Ce n'est qu'en cas

dont ils provenaient. Ainsi, en cas de décès d'un enfant, sa succession tout entière allait aux père et mère ou au survivant d'entre eux, quelle que fût l'origine des biens.

de prédécès de l'un d'eux sans descendants que sa part accroît à l'autre ou aux descendants de celui-ci. Cette solution est consacrée par le paragraphe 1925, alinéa 3 :

Si le père ou la mère n'est plus en vie au moment de la dévolution, les descendants de celui qui est décédé viennent à sa place conformément aux dispositions applicables à la succession du premier ordre. S'il ne laisse pas de descendants, la partie suivante succède seule.

Et le Code civil suisse dit pareillement, article 458, alinéa 3 :

Le père et la mère prédécédés sont représentés par leurs descendants qui succèdent par souche à tous les degrés. — A défaut d'héritiers dans l'une des deux lignes, toute la succession est dévolue aux héritiers de l'autre.

Nous avons déjà vu que le mot prédécédés comprend aussi les cas d'indignité, de renonciation ou d'exhérédation. Quant à cette solution, fente interne avec représentation, elle aboutit à des résultats pratiques qui diffèrent presque toujours du droit français. Examinons-les successivement.

Le cas où père et mère survivent tous deux au défunt n'intéresse pas la représentation. Pourtant, nous devons en dire quelques mots pour faciliter l'intelligence de ce qui va suivre. Nous venons de dire que dans ce cas le droit allemand admet l'exclusion totale des frères et

sœurs par les père et mère. Aux termes de l'article 751 du Code civil français les père et mère survivants ont droit au $\frac{1}{4}$ de la succession chacun : l'autre moitié de cette succession se partage entre frères et sœurs, conformément à l'article 752 que nous allons examiner plus loin en détail. Ainsi il existe là un concours entre père et mère et frères et sœurs, c'est-à-dire entre héritiers d'une même parentèle qui devraient s'exclure les uns les autres. Cette différence nous semble à l'avantage du droit français, car la solution française est pleinement justifiée par l'intérêt économique et social qu'il y a à déférer la succession aux jeunes.

Supposons maintenant les père et mère tous deux prédécédés. Les frères et sœurs auront toute la succession. Le mode de partage est donné en droit français par l'article 752 du Code civil.

...S'ils [les frères et sœurs] sont de lits différents, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt; les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins ou consanguins chacun dans une ligne seulement; s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne.

La solution allemande et suisse se trouve identique, car la succession est partagée en deux parts, celle de la mère et celle du père et se trouve comme telle

déférée par moitiés aux descendants de chacun d'eux. Ainsi si le défunt laisse deux frères utérins, deux frères germains et un consanguin, les deux frères ou sœurs utérins auront chacun $1/8$ de la succession, le frère consanguin en aura $1/6$. et les deux frères germains chacun $1/8 + 1/6$, c'est-à-dire chacun les $7/24$ de la succession.

Voyons maintenant les hypothèses où l'un seulement des père et mère est prédécédé : trois cas peuvent se produire :

1^o Supposons le père prédécédé laissant un fils d'un premier lit, c , et la mère survivante : il y a deux enfants communs, a et b (fig. 1) (1). En droit français, la mère survivante a $1/4$ de la succession. Les frères et sœurs se partagent le reste, les $3/4$ de la succession — y compris le $1/4$ qui devrait constituer la part du père — conformément à la fente de l'article 752 du Code civil précité. Ainsi $3/8$ iront aux enfants de la mère, a et b , $3/8$ à ceux du père, a , b et c ; a et b , frères germains, auront donc $3/16 + 1/8 = 5/16$ chacun et c , frère consanguin, aura $1/8$. En droit allemand, la mère aura la $1/2$ de la succession et l'autre $1/2$, la part du père, sera partagée également entre les descendants de celui-ci qui auront tous $1/6$ chacun (2). Le droit allemand nous semble ici

1. Voir les figures à la fin.

2. Voir le Cours de M. Saleilles, 1908-1909.

plus équitable. La fente qui s'opère en droit français entre frères et sœurs serait, dit-on, une survivance du privilège du double lien. Mais pourquoi avantager ainsi les frères germains sur la part du père puisqu'ils doivent encore se partager plus tard à eux seuls la part actuellement dévolue à la mère ?

2° Supposons comme deuxième cas des enfants d'un premier lit dans les deux lignes et des enfants germains : par exemple (fig. 2) le père mort, la mère survivante, un frère utérin, deux frères consanguins et deux germains. Dans le droit allemand, la moitié de la succession attribuée à la souche du père prédécédé passera par portions égales à ses enfants, *b*, *c*, *d* et *e* qui auront ainsi chacun $1/8$ de la succession : l'autre moitié restera à la mère survivante, et ce n'est qu'à sa mort que ses enfants, *a*, *b* et *c*, trouveront dans sa succession cette moitié de la succession de leur frère. En droit français, il n'en sera pas ainsi : la mère survivante aura le $1/4$ de la succession ; les trois autres quarts, y compris le quart qui eût dû être attribué au père vivant, sera partagé en deux parts, une pour la ligne paternelle, une pour la ligne maternelle : les frères germains viendront dans les deux lignes : les utérins et consanguins chacun dans la leur : de la sorte, *a* aura $1/8$, *b* et *c*, frères germains, $7/32$ chacun, c'est-à-dire la plus grosse part puisqu'ils prennent dans les deux lignes, *d* et *e* chacun $3/32$.

Nous arrivons en droit français à ce résultat, que le

1/4, qui eût dû être dévolu au père vivant, s'ajoute à la part des frères et sœurs pour être partagé en deux fractions égales, dont une va tout entière à la ligne maternelle, à la ligne opposée au père, à celle qui a déjà reçu une autre 1/4 tout entier en la personne de la mère. N'est-ce pas vraiment trop donner à la ligne maternelle au détriment de l'autre ?

Il est vrai que le système français répond mieux aux intentions et aux affections présumées du défunt.

Quand un conflit se pose entre frères consanguins et frères utérins, dit en substance M. Saleilles (1), le défunt n'a aucune raison pour exclure les uns au profit des autres. Il n'est certainement pas dans ses intentions d'exclure de sa succession un de ses demi-frères, même sous le prétexte que ce frère, utérin par exemple, est représenté par la mère encore vivante et qu'il retrouvera dans la succession de cette dernière sa part d'héritage. Le défunt aurait appelé ses frères et sœurs à la succession non comme les enfants de père et mère communs, mais en raison de la vie d'intimité menée ensemble, en vertu d'une vocation directe qui s'étend à tous les frères et sœurs sans distinction.

Certes nous reconnaissons parfaitement la valeur de ces arguments ; mais nous croyons que c'est beaucoup accorder aux intentions présumées du défunt au détriment d'une rigoureuse équité. Car, dans notre exemple, il est indéniable que plus tard le frère utérin recevra

1. Voy. le Cours de Législation comparée de M. Saleilles, 1908-1909.

encore sa part sur le quart attribué à la mère, soit $1/12$ de la succession, ce qui portera à $5/24$ la part qu'il prend en réalité, directement ou non, dans la succession actuelle ; en face de lui, tous les frères consanguins réunis n'ont que les $3/16$ de la succession.

D'ailleurs, nous pouvons faire mieux ressortir encore les conséquences du système français dans un cas plus favorable (fig. 3) : la mère vit encore, le père est décédé ; le défunt, seul enfant commun, ne laisse qu'un frère utérin et deux frères consanguins : le droit allemand donne la $1/2$ de la succession à la mère survivante et partage l'autre $1/2$ entre les deux frères consanguins, qui représentent la souche du père ; les enfants de la mère, qui n'ont rien présentement, retrouveront plus tard dans la succession de celle-ci la moitié attribuée à leur ligne. Tout autre est le droit français. il donne à la mère survivante le $1/4$ que lui attribue l'article 752 et partage les trois autres quarts également entre la ligne du père et celle de la mère ; le frère utérin aura ainsi les $3/8$ attribués à sa ligne et chacun des frères consanguins $3/16$. Ainsi le frère utérin prend actuellement dans la succession le double de chacun des frères consanguins. Il prend la moitié de la part qui serait attribuée au père vivant, alors qu'il n'est son parent à aucun degré ; et, plus tard, à la mort de sa mère, il trouvera encore dans sa succession le $1/4$ de la succession du défunt. Voilà donc un frère

utérin qui, finalement, recevra à lui seul $3/8 + 1/4 = 5/8$, c'est-à-dire plus de la moitié de la succession du défunt, alors que les frères consanguins n'en auront à eux tous que $3/8$, soit $3/16$ chacun s'ils sont deux, $1/8$ s'ils sont trois, et moins encore s'ils sont un plus grand nombre. C'est là une solution qui manque d'équité. Pourquoi donc ne pas permettre, comme en Allemagne, aux frères consanguins de représenter leur père et de prendre en cette qualité le $1/4$ que celui-ci aurait reçu vivant ? Parce que, dira-t-on, la succession dévolue aux frères et sœurs, ne représente pas, comme en Allemagne, la part des parents : c'est une dévolution à un ordre d'héritiers, à l'ordre des frères et sœurs (1).

Ceci est exact et il n'y a rien de plus à répondre, à notre avis, pour justifier la moitié que l'article 752 attribue toujours aux frères et sœurs ; mais c'est précisément cette dévolution à l'ordre des frères et sœurs que nous combattons en ce qui concerne le $1/4$ que le père, vivant, eût recueilli. Pourquoi enlever ce quart à la ligne du père qui a déjà eu le malheur de perdre son chef et en donner la moitié à l'autre ligne ? N'est-ce pas faire dépendre la dévolution de cette fraction de la succession du hasard d'un décès ? souligner, le malheur qu'a causé à cette ligne la mort du père ? Enfin avantager sans raison l'autre ligne ? Et ne vaudrait-il pas

1. Voy. le Cours précité de M. Saleilles.

mieux, pour cette fraction seulement, revenir au système allemand, donner ce $\frac{1}{4}$ au père, s'il est vivant, à ses représentants, s'il est prédécédé?

En somme, nous ne nous rallions sur ce point ni au droit allemand, ni au droit français. Le droit allemand a le tort, grave, à notre avis, d'exclure complètement les frères d'un seul lit dont le parent, père ou mère, vient à la succession. Le droit français appelle avec raison ces frères d'un seul lit utérins dans notre exemple à la succession; mais il tombe dans l'excès contraire: il avantage ces frères utérins dont la mère vient aussi à la succession au détriment des frères d'un seul lit de l'autre ligne, frères consanguins, qui, déjà, ont eu le malheur de perdre leur père prématurément. Nous nous efforcerons donc, dans notre conclusion de trouver une solution intermédiaire entre les solutions allemande et française, en appliquant la représentation, mais dans une moindre mesure que le droit allemand.

3° Enfin dans la troisième hypothèse, il n'y a de frères ou sœurs que du côté de l'ascendant survivant. En droit français, le père prend toujours son quart et les trois autres quarts vont aux enfants de ce père, seuls frères et sœurs du défunt. La fente française ne frouve pas ici à s'appliquer (art. 752 *in fine*).

En droit allemand, la ligne maternelle n'étant pas représentée, toute la succession va au père seul, car la

fente n'existe qu'à l'intérieur de chaque parentèle, et il est nécessaire qu'une parentèle soit complètement épuisée pour que la parentèle suivante puisse venir à la succession. Ici, la solution allemande est évidemment mauvaise en ce que le père exclut complètement les frères et sœurs ; mais nous ne nous y arrêterons pas, car la représentation ni la fente ne jouent plus aucun rôle.

Remarquons, avant de quitter la deuxième parentèle, que ce système de représentation des père et mère aboutit à une sorte de privilège au profit des frères et sœurs germains en cas de prédécès des père et mère. Ces frères et sœurs germains succèdent en effet dans les deux lignes. C'est là, comme en droit français, une sorte de vestige du privilège ancien du double lien qui établit, dit-on, une distinction fâcheuse dans une même famille entre différentes catégories de frères et sœurs.

Cette critique a été formulée lors de la préparation du B.G.B. Il eût été possible en effet de mettre tous les frères et sœurs sur un pied d'égalité, sans distinction de lit, et cela, en admettant le principe d'une parentèle globale, unitaire, qui comprendrait à la fois le père et la mère. La représentation ne s'appliquerait plus alors aux père et mère séparément, mais au foyer qu'ils forment ; elle ne s'appliquerait plus alors qu'en cas de prédécès des père et mère tous deux, car un seul suffirait à représenter ce foyer, et elle s'étendrait à tous les enfants sans distinction. Mais étant donnée la conception du B.G.B. d'une parentèle double à deux têtes diver-

gentes représentées chacune en cas de prédécès par leurs descendants, une semblable solution était impossible.

D'ailleurs, dans le cas de prédécès des père et mère, les frères et sœurs d'un premier lit, consanguins par exemple, ont déjà hérité eux aussi : 1^o de la succession de leur mère qu'ils ont eue pour eux seuls ; 2^o de celle de leur père qu'ils ont partagée avec leurs frères germains. Pourquoi donc viendraient-ils encore dans la succession du frère germain décédé prendre une part entière, c'est-à-dire en somme une partie des biens qui proviennent de la seconde mère, celle qui n'est pas la leur ? Il nous semble qu'au contraire ce serait dans ce cas que la loi provoquerait entre frères de lits différents des jalousies et des haines qu'il vaut mieux éviter.

Dans la troisième parentèle, on admet encore en droit allemand le principe de la représentation à l'infini.

§ 1926. — Si, au moment de la dévolution parmi les aïeuls paternels ou maternels, le grand-père ou la grand'mère n'existent plus, les descendants de celui qui est décédé viennent à sa place.

De même que dans la parentèle précédente, la représentation est ici complétée par une fente entre les deux lignes paternelle et maternelle, puis par une nouvelle fente entre les deux branches de chaque ligne ; chaque ascendant se trouve donc tête d'une de ces branches.

Ainsi on commencera par partager la succession en deux moitiés, une pour chaque ligne, paternelle et maternelle, puis, dans la ligne paternelle par exemple, on donnera un quart au grand-père et un quart à la grand'mère. Et si l'un de ceux-ci se trouve prédécédé, ses descendants viendront à sa représentation et succéderont par souche. La plupart du temps, cette dernière fente restera à l'état virtuel, car tous les descendants seront des enfants communs et la dévolution sera la même que si la fente entre descendants du grand-père et descendants de la grand'mère n'existait pas. Mais elle trouvera son application lorsqu'il existe des enfants d'un autre lit; alors ceux-ci viennent à la représentation de leurs parents comme nous l'avons exposé pour la deuxième parentèle. Si par exemple la grand'mère est prédécédée, ses enfants succèdent à sa place sans distinction de lit; de même, si les deux grands-parents d'une même ligne ne viennent pas à la succession, leurs descendants viennent à leur place chacun dans la branche dont il est issu. Ainsi un fils d'un premier lit du grand-père concourra avec ses frères sur le quart qui forme la part de ce grand-père, mais non sur le quart qui forme celle de la grand'mère. Quant aux enfants communs, ils prennent dans les deux branches.

Mais il peut arriver qu'un des grands-parents soit prédécédé sans descendants. Que va devenir sa part? A cause de la fente entre les deux lignes, paternelle et

maternelle, ce quart vacant ira à l'autre ascendant encore vivant dans la même ligne ou à ses descendants. Il peut se faire enfin que les deux ascendants d'une même ligne soient prédécédés sans autre postérité que le défunt actuel. La fente aura-t-elle alors pour effet de faire parvenir ces deux parts vacantes aux collatéraux de la quatrième parentèle ? Non, car nous savons que la fente ne s'applique qu'à l'intérieur de chaque parentèle. Pour que la parentèle suivante puisse venir à la succession, il faudrait qu'il n'existât aucun représentant de la troisième. Les parts de cette ligne vide d'héritiers passeront donc aux représentants de l'autre ligne dans la même parentèle.

Il en est de même pour le Code suisse :

Les héritiers du défunt qui n'a laissé ni postérité, ni père ni mère, ni descendants d'eux sont les grands-parents. — Ils succèdent par têtes dans chacune des deux lignes. — Le grand-parent prédécédé est représenté par ses descendants qui succèdent par souche à tous les degrés (art. 459).

Ici, comme en droit allemand, c'est la représentation à l'infini avec admission de la fente.

La représentation a été appliquée jusqu'ici sans restrictions par les Codes allemand et suisse. La logique du système obligeait à appliquer jusqu'aux parentèles les plus éloignées les mêmes principes comme base de la dévolution et notamment la représentation; or le

partage par souche qui en résulte conduit dès la troisième parentèle, celle que nous venons de voir, à des résultats déplorables au point de vue économique. Et c'est là précisément l'une des critiques les plus fortes qui furent adressées au Code allemand lors du premier projet. Admettre la représentation, disait-on, c'est vouloir le morcellement à l'infini de toutes les successions qui seront déferées aux parentèles éloignées. Nous avons vu en effet dès la troisième parentèle, qu'un grand-père prédécédé est représenté par tous ses ascendants, de quelque lit qu'ils soient; supposons donc que ce grand-père a eu 4 enfants qui eux-mêmes ont eu chacun 4 enfants, et ainsi de suite: ceci n'a rien d'exagéré, pour un pays prolifique comme l'Allemagne surtout; si dans l'une des branches ainsi formées, des fils de cousins-germains viennent à la succession, ils recevront chacun $1/256$ de la succession. Tel est l'exemple donné lors de la discussion du premier projet du Code civil allemand (1). On arrive ainsi, disait-on, à un morcellement très grand des fortunes qui constitue un danger pour la bonne exploitation des terres et le développement économique du pays.

Cette critique n'est que trop fondée et aucun remède n'y avait été apporté dans le premier projet du Code allemand. Le premier alinéa du paragraphe 1929 disposait en effet :

1. *Motifs*, t. V, p. 364 et 365.

Sont héritiers légaux de la cinquième parentèle et des suivantes, sans aucune limitation : tous les ascendants les plus éloignés du défunt et leurs descendants ; les ascendants, si éloignés soient-ils, deviennent tête de ligne d'une nouvelle parentèle.

L'émiettement des fortunes devait donc être bien plus lamentable encore dans les quatrième et subséquentes parentèles. Aussi proposa-t-on en première discussion de supprimer la succession par souche à partir de la troisième parentèle et de la remplacer par la proximité du degré. L'émiettement n'eût alors été guère plus à craindre que dans le Code civil français qui admet la représentation des frères et sœurs, c'est-à-dire dans la deuxième parentèle. Mais la deuxième Commission revint sur cette solution. Elle prétextua que les fortunes immobilières étaient devenues rares, que la division allait porter surtout sur des valeurs mobilières et qu'il n'était pas plus difficile d'administrer un petit capital qu'une grosse fortune. Elle ne vit pas qu'une fortune importante, dévolue à un ou deux héritiers, pouvait leur permettre la création ou l'extension d'une exploitation agricole ou industrielle, tandis que, dévolue par petites parts à de nombreux héritiers elle ne changerait en rien leur situation et se trouverait pour ainsi dire perdue pour la société. De plus, on reprocha au système de la proximité du degré de favoriser des vieillards, souvent à la veille de disparaître à leur tour au détriment des jeunes ; on lui reprocha

également d'être un système empirique et de faire dépendre la dévolution du hasard des décès; enfin de favoriser l'une des branches, celle dont l'ascendant aura survécu au détriment de celle où il sera prédécédé. Et, forte de toutes ces raisons, la seconde Commission reporta à la quatrième parentèle l'arrêt de la succession par souche et la dévolution d'après la proximité du degré.

A partir de cette quatrième parentèle, il n'y a plus de représentation; on revient au système linéal graduel; par suite, les bisaïeuls survivants succèdent seuls et partagent par tête (§ 1928, alinéa 2); à défaut de ces ascendants « celui-là de leurs descendants succède qui se trouve au plus proche degré de parenté » (§ 1928, alinéa 3). Le principe de la représentation n'a donc pu être mis en pratique que dans les premières parentèles, et l'on voit un système successoral, dont les Allemands sont fiers pour sa logique et son harmonie, détruire cette logique dès une parentèle très proche en remplaçant la représentation, c'est-à-dire le système linéal pur ou vrai système des parentèles, par le système linéal graduel.

Le Code civil suisse admet un résultat analogue à notre point de vue, bien qu'il ne fasse pas appel à la dévolution linéale graduelle : le distingué rédacteur de l'*Avant-Projet suisse*, M. le professeur Huber, n'avait pas été embarrassé en effet pour répondre à l'objection provenant de la représentation :

Nous avons estimé, dit-il, dans l'exposé des *Motifs de l'Avant-Projet*, qu'il n'était pas opportun de modifier en quoi que ce soit le régime des parentèles ou du partage par souches dans la ligné ascendante ou descendante. Car, s'il est vrai qu'en cas de partage de la succession entre les descendants des grands-parents, il peut sè produire un morcellement extrême des biens héréditaires, les législations qui ont jusqu'à ce jour suivi notre système n'en ont pas éprouvé d'inconvénients qui eussent justifié une dérogation arbitraire au principe de l'ordre des successions adopté...

Aussi accepte-t-il le système linéal pur dans les premières parentèles. Mais, pour couper court à toute critique, il arrête non seulement la représentation, mais encore le droit de succession tout entier après la troisième parentèle. Cette solution était déjà celle de l'avant-projet de 1900 et elle est restée celle du Code actuel. La représentation à l'infini existe encore dans la troisième parentèle (art. 459); mais l'article suivant (art. 460) stipule :

Les grands-parents et leur postérité sont les derniers héritiers du sang.

Ainsi la représentation, même dans la troisième parentèle, portera rarement sur plus de trois générations et n'aboutira pas encore à un morcellement trop considérable; au delà, là où elle pourrait être dangereuse, l'article 460 supprime la successibilité et attribue la

succession au canton, sauf le droit du conjoint survivant et un usufruit au profit des ascendants plus éloignés : mesure radicale, plus simple et moins illogique à notre point de vue que la solution allemande, puisqu'elle ne fait appel à aucun autre principe contraire à la représentation, comme la proximité du degré.

Ajoutons en quelques mots la solution donnée par les droits d'origine germanique pour un cas spécial que nous avons examiné en droit français, l'adoption. Le droit allemand aussi connaît le contrat d'adoption et lui fait produire des effets plus complets que le droit français : l'adopté acquiert la condition légale d'enfant légitime de l'adoptant au jour de l'adoption (§ 1757). Par suite, tous les enfants de l'adopté nés postérieurement à cette date pourront venir à la succession de l'adoptant par représentation de leur père. Quant aux enfants déjà nés au jour du contrat d'adoption, les effets de ce contrat ne s'étendent à eux que s'ils y ont figuré et en ont accepté pour eux les effets (§ 1762). Notons l'analogie frappante de cette solution avec celle proposée par Merlin et que nous avons citée (1). Quant au Code civil suisse, il accorde d'une façon formelle à l'adopté et à ses descendants les mêmes droits, vis-à-vis de l'adoptant qu'ont les enfants légitimes (art. 465). L'assimilation des descendants de l'adopté aux descendants d'un enfant légitime est donc complète.

1. Voyez plus haut p. 80.

CONCLUSION

L'étude que nous venons de faire de la représentation dans plusieurs législations différentes nous a montré les divergences nombreuses qui existent tant dans la conception dont ce principe est l'objet que dans son étendue d'application. Envisageons donc successivement ces deux points de vue afin de dégager d'abord la conception qui nous semble la meilleure, ensuite l'étendue d'application qu'il convient de donner à ce principe.

La première conception que nous avons exposée est celle de la représentation-fiction, théorie créée par les commentateurs du moyen âge et dont les principales conséquences sont : 1° l'impossibilité de représenter une personne vivante ; 2° le représentant doit venir à la succession du représenté ; 3° le représenté aurait dû être capable de venir lui-même à la succession s'il avait vécu.

Le Code français n'a pas accepté cette deuxième conséquence, mais il a admis le principe lui-même de la fiction, et sa principale application, la non-représentation des personnes vivantes.

Or cette fiction, pure « création de l'esprit », comme dit Kohler (1), est issue de l'idée que le seul système successoral conforme à la nature est celui de la proximité du degré; elle est une construction fausse, contraire à la vérité, dans le seul but d'admettre une exception sans déroger en apparence à ce principe de la proximité du degré.

Das Repräsentationsrecht ist das Kind der offenbar irrigem Idee, dass das einzig natüremässige System der Erbfolge das der Gradesnæhe sei, dass sich eine Abweichung von diesem System zwar aus besonderen Gründen rechtfertigen lasse, dass diese Abweichung aber als « indisciplinirte Anomalie » nur mittelst einer der Naturwahrheit widersprechenden Einbildung und Unterstellung mit dem einzig richtigen System versöhnt werden könne (1).

Est-ce un postulat de l'équité, continue cet auteur, que dans certains cas la proximité du degré ne vaut plus rien? Alors, elle cesse d'être le seul système adéquat et il faut rompre avec elle sans chercher à la tenir pour vraisemblable par des moyens détournés, par des fictions. Et, après avoir ainsi fait le procès de la conception française, Kohler examine toutes les conséquences néfastes auxquelles aboutit cette théorie, dont la prin-

1. Kohler, *Zwei Studien über das Sogenannte Repräsentationsrecht* dans les *Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Civilrecht*. Mannheim, 1883.

cipale, la non-représentation des personnes vivantes. régit encore le droit français.

Le vrai système, selon Kohler, celui qu'on ne fait qu'obscurcir avec les conceptions du moyen âge, c'est celui du partage par souche ou de l'unité de souche *das System der Stammeinheit* qui doit surtout sa valeur à ce qu'il reflète l'image vivante et l'organisme de la famille. Dans l'unité de souche, dit en substance Kohler (1), gît le lien de l'unité et de la diversité que nous admirons dans la nature. Chaque individu séparé forme avec sa descendance une unité qui se ramifie à son tour en une série de nouvelles unités.

Tel est le système que nous croyons aussi le plus simple comme le plus conforme à la nature : la représentation à l'effet de partager par souche, la *successio in stirpes* romaine. Dans cette conception, admise par les Codes allemand et suisse, le représentant n'entre pas dans la place du représenté. Il use d'un droit propre qu'il a de par la loi, de recueillir, à défaut de son père, la succession dévolue à la souche dont il fait partie. C'est ce qu'exprime nettement un autre auteur allemand, Strohal (2), à propos de la représentation du B. G. B :

Die Abkömmlinge des Abkömmlings erben in solchem

1. Voy. p. 97 : « Entsprechend... »

2. Strohal, *Erbrecht*, t. I, § 9, n. 7.

Falle nicht kraft eines von dem letzteren abgeleiteten, sondern kraft eigenen Rechtes, und das sogenannte Repräsentations oder Eintrittsrecht... bedeutet also keineswegs einen Eintritt (eine Sukzession) in das Erbrecht des weggefallenen Parens. »

Nous revenons ainsi à la conception romaine : il suffit que la succession ait été déférée à la souche, et que le père, tête de cette souche, soit empêché de la recueillir pour un motif quelconque, indignité, répudiation, exhérédation, pour qu'aussitôt, et par un droit propre, le fils succède. Il importe peu que ce père soit vivant ou prédécédé.

Est-ce à dire que pour cela le fils qui viendra à la succession par un droit propre sera dispensé du rapport des libéralités faites à son père et à tous les ascendants intermédiaires par le défunt ? Nullement : un motif d'équité impose ici cette solution et la disposition finale de l'article 848 de notre Code pourra être conservée.

Quelle doit être maintenant l'étendue d'application de la représentation ? Dans les législations que nous avons étudiées, tous les systèmes successoraux se rattachent à ces deux principes qui s'excluent l'un l'autre : proximité du degré et représentation. On pourrait concevoir un système qui se suffise avec un seul de ces deux principes. Ainsi le système linéal-graduel ne fait pas appel à la représentation. Mais nous avons vu que les excès dans lesquels il tombe oblige à le rejeter, du moins en ligne descendante. Un

système fondé sur la seule proximité du degré, sans lignes généalogiques, serait encore plus défectueux. De même, mais en sens inverse, on peut concevoir un système fondé sur la seule représentation : le système linéal par exemple, auquel on appliquerait la représentation en ligne ascendante. A défaut du père et de tout descendant de lui, celui-ci serait représenté par les grand-père et grand'mère paternels. Mais ici, aussi, nous avons vu déjà l'inconvénient qui en résulterait : l'extrême morcellement des fortunes, qui fit rejeter le système linéal pur dans les parentèles éloignées, serait un défaut plus accentué encore dans un système basé uniquement sur la représentation.

Devant ces deux principes extrêmes, la plupart des législations, même celles qui, comme le droit allemand, désiraient un système harmonieux et logique, dont toutes les solutions découleraient d'un même principe initial, celui de la représentation, se virent obligés d'adopter un compromis. De même que le moyen âge avait été contraint d'admettre l'exception de la représentation à la règle de la proximité du degré, de même aujourd'hui les Allemands se voient obligés d'abandonner dès la quatrième parentèle le principe de la représentation ou du partage par souche pour faire appel à la proximité du degré.

Nous voyons par là que ces deux principes sont utiles pour composer un système intermédiaire qui ne soit pas sujet à de trop graves critiques. Sans vouloir donner à

l'un de ces deux principes le pas sur l'autre, déterminons donc seulement quel est le champ d'application normal de celui que nous étudions.

Pour les descendants, la solution est la même dans toutes les législations modernes : la représentation s'impose, qu'on fasse des descendants un ordre à part ou la première parentèle d'un système.

C'est lorsqu'on passe aux père et mère, frères et sœurs et leurs descendants, c'est-à-dire à la deuxième parentèle que la question devient discutée. Pour la représentation des frères et sœurs par leurs descendants, elle est admise sans réserves par les droits français et allemand à l'infini. Mais la représentation des père et mère par les frères et sœurs du défunt n'est pas admise en droit français. Nous avons donné les solutions allemande et française pour ces cas. En droit allemand, le père et la mère succèdent à la totalité de la succession chacun pour moitié. A défaut de l'un d'eux, ses descendants, frères ou sœurs du défunt, viennent à sa représentation. En droit français, les père et mère ont chacun un quart de la succession ; l'autre moitié se divise entre les deux lignes et chaque frère ou sœur prend dans sa ligne (art. 751-752). Cette solution, pour plus compliquée qu'elle soit, a sur le droit allemand, nous l'avons vu, le grand avantage de ne pas exclure totalement les frères et sœurs encore jeunes au profit des père et mère souvent âgés et à la veille de leur mort. Aussi donnons-nous jusqu'ici la préférence au système français. Mais,

ce qui nous semble contraire à l'équité, c'est la dévolution opérée en France lorsque l'un des père et mère est prédécédé : alors sa part de la succession vient s'ajouter à celle des frères et sœurs. Mais ceux-ci ne la reçoivent pas par représentation du père ou de la mère prédécédé ; ils la tiennent directement du défunt, et cette part, s'ajoutant à la moitié qui constitue toujours la part des frères et sœurs, se divise entre les deux lignes ; de la sorte, en cas de prédécès de l'un seulement des deux parents, le père par exemple, les enfants d'un autre lit de son conjoint, frères utérins du défunt, viennent concourir sur ce quart qui devrait constituer la part de la ligne paternelle ; on arrive ainsi aux solutions manifestement contraires à l'équité, que nous avons signalées plus haut (1) (V. fig. 2. et 3). Devant ces solutions, nous proposons d'admettre qu'en cas de prédécès du père ou de la mère, ou de tous deux, leur part, un quart chacun, soit attribuée conformément à la représentation, c'est-à-dire au partage par souche aux descendants de chacun d'eux. Tout en maintenant le concours entre père et mère et frère à sœurs, nous admettons la représentation des père et mère pour leur part dans la succession. Nous conserverons ainsi au droit français la supériorité que lui donne ce concours des père et mère avec les frères et sœurs ; et d'autre, part, en étendant la représentation à toute la seconde parentèle (sauf le con-

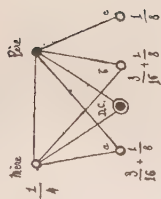
1. Voy. p. 114, 2° et p. suiv.

cours dont nous venons de parler) nous ajouterons au droit français un peu de cette logique et de cette équité qui caractérisent le droit allemand, nous lui enlèverons un peu de ce qu'il a d'empirique dans son mode de dévolution en donnant à cette dévolution une base logique indépendante du hasard du décès.

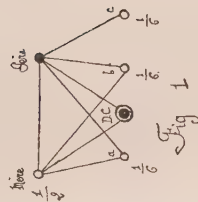
A partir de la troisième parentèle, nous rejetons la représentation. Ce n'est pas que nous tenons pour équitable le système français de la proximité du degré qui livre au hasard des décès la dévolution des biens dans la famille. Mais nous croyons que la représentation ne saurait remédier à cet empirisme sans tomber dans un autre excès que nous avons signalé déjà : la division des fortunes jusqu'à l'émiettement, qui serait, au point de vue économique et social, un mal aussi grand que l'empirisme qui nous régit actuellement.

Ainsi croyons-nous que la représentation conçue avec simplicité comme une succession par souche et appliquée avec modération dans les deux premières parentèles seulement ne pourrait donner que de bons résultats dans le système successoral du droit français.

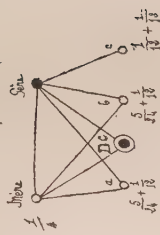
Droit Français.



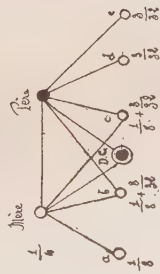
Droit d'Esp.



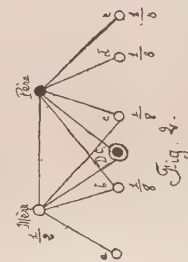
Solution proposée



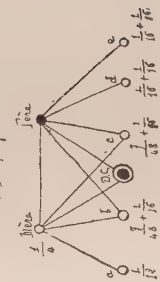
Droit Français



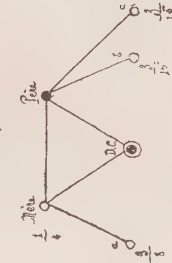
Droit allemand



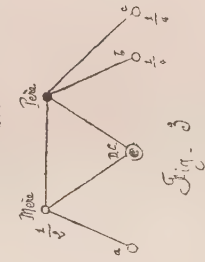
Solution proposée



Droit Français



Droit allemand



Solution proposée

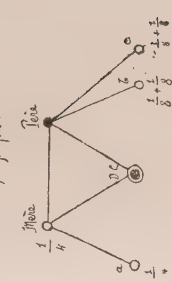


TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Bibliographie.....	1
Préambule.....	5
Introduction.....	9

PREMIÈRE PARTIE

Droit romain.....	15
Ancien Droit français.....	20
Droit intermédiaire.....	42
Droit civil.....	59

DEUXIÈME PARTIE

Ancien Droit allemand et suisse.....	83
B. G. B. et Droit suisse.....	90
Conclusion.....	128

